This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 106 246 226
FOR IX
L

Die Replik des Prozessgewinns

(replica rei secundum me judicatae)

Ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der exceptio rei judicatae

von

Prof. Dr. **Rudolf Leonhard**

Sonder-Abdruck
aus
„Festgabe für Felix Dahn zu seinem fünfzigjährigen Doktorjubiläum
gewidmet von gegenwärtigen und früheren Angehörigen
der Breslauer juristischen Fakultät“
II. Teil (Römische Rechtsgeschichte)

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

GER
491
LEO
HARVARD
LAW
LIBRARY
Digitized by Google

Digitized by Google

Poland

Die Replik des Prozessgewinns

(replica rei secundum me judicatae)

Ein Beitrag zur Lehre von den beiden Funktionen der exceptio rei judicatae

von

Prof. Dr. **Rudolf Leonhard**

Breslau
Verlag von M. & H. Marcus
1905

Digitized by Google

Sonder - Abdruck

aus „Festgabe für Felix Dahn“

II. Teil

MAY 12 1921

Digitized by Google

I. Das Ziel der Untersuchung.

§ 1.

Nach der herrschenden Lehre hat die Einrede der abgeurteilten Sache zwei Funktionen. Die eine betrifft, wie man zu sagen pflegt, die „nackte" Tatsache oder das Dasein eines früheren Urteils, die andere dessen Inhalt. Man nennt die eine negativ, die andere positiv[1]).

Wie sich diese Funktionen innerhalb der Rechtsgeschichte zu einander verhalten haben und wie sie sich in der Gegenwart zu einander verhalten, darüber besteht bekanntlich viel Streit[2]).

Alle Zweifel wurzeln aber in zwei Übelständen. Einmal herrscht über die Fragestellung keine volle Klarheit, weil das Wesen der beiden Funktionen im Dunkel liegt. Zweitens haben sich in die übliche Auslegung zweier Quellenstellen Mißverständnisse eingeschlichen.

Gegen den einen Übelstand richtet sich der kritische, gegen den andern der exegetische Teil der nachfolgenden Abhandlung.

---

[1]) Keller, Über Litiscontestation und Urteil, 1827, S. 231. v. Savigny, System VI., S. 268. Wächter, Erörterungen, No. 3. Pfeiffer, Archiv f. civ. Praxis. Bd. 37, S. 110. Keller, Pandekten-Vorlesungen, herausgegeben von Friedberg. Leipzig 1861. S. 188. Kleinschrod, die proceßuale Consumption und die Rechtskraft des Civilurteils, Leipzig 1875. S. 191, 227. v. Vangerow, Pand. I, § 173. Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatr. 1842. II. S. 552. Dernburg, preuß. Privatr. 5. Aufl. I, § 137, S. 298. Brinz, Pandekten. 2. Aufl. S. 328, § 96. Regelsberger, Pandekten I, § 196, S. 701. Wendt, Pandekten, § 99, S. 275 und andere.

[2]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. § 130, Anm. 23 ff. S. 577—580 mit Literaturangaben. Kleinschrod a. a. O., S. 218 ff.

Digitized by Google

Ihr Ziel ist, aus einer verworrenen Lehre einen wahren Kern herauszuschälen, der nicht bloß für die Rechtsgeschichte, sondern auch für das praktische Recht der Gegenwart nicht ohne Bedeutung ist.

In der replicatio: si non secundum me judicatum est sieht man meistens einen Ausdruck des Unterschiedes der beiden erwähnten Funktionen[1]). Daraus mag sich die Überschrift des Aufsatzes rechtfertigen.

II. Kritischer Teil.

I. Verhängnisvolle Verwechslungen.

§ 2.

Der Ausgangspunkt der Lehre von den beiden Functionen der exceptio rei judicatae liegt in Kellers bekannter Schrift Litiscontestation und Urteil[2]). Durch die Lobeserhebungen bekannter Autoritäten wurde sie bald zur herrschenden[3]).

Ihr entschiedenster Gegner war Bekker[4]), dessen Ausführungen so eindrucksvoll waren, daß man der Kellerschen Schule eine Bekkersche entgegenstellen konnte[5]).

---

[1]) Vgl. v. Savigny, System VI., S. 277. Pfeiffer a. a. O., S. 112. Windscheid-Kipp, Pandekten I, § 130, Anm. 17, S. 574 u. a.

[2]) Vgl. besonders S. 582, Windscheid-Kipp, Pandekten. 8. Aufl. § 130, Anm. 26. Dernburg, Pandekten I, § 162, Anm. 3. Übrigens versichert v. Bethmann-Hollweg, röm. Civilproceß II, S. 494, § 103, Anm. 39 schon vor Keller die Lehre von den beiden Funktionen vorgetragen zu haben. Dies spricht in hohem Maße dafür, daß sie nicht aus der Luft gegriffen sein kann.

[3]) Vgl. namentlich v. Savigny, System Bd. VI., 20.

[4]) Die processualische Consumption im class. röm. Recht. Berlin 1853. S. 12 ff.

[5]) So Westerburg, Archiv f. prakt. R., N. F. IX., S. 284, der ihr eine Reihe bedeutender Autoritäten zuzählt. Übrigens hat Bekker selbst seine älteren Anschauungen, ohne sie preiszugeben, später in mehrfacher Hinsicht berichtigt. Aktionen I, S. 317 ff. Gegen Savigny ist namentlich zu vergleichen Unger, System des österr. allg. Privatrechts. 4. Aufl. II., § 133 S. 682, 683 A. 17, 684, Anm. 20.

Digitized by Google

Beseitigt wurde Kellers Lehre jedoch nicht. Man fühlt, daß sie einen richtigen Kern in sich birgt; doch ist es nicht gelungen, ihn aus der dunklen Schale klar auszulösen.

Die Lehre von den beiden Functionen findet sich in den Quellentexten nicht ausgesprochen[1]), obwohl man sie hat hineinlesen wollen[2]).

Dagegen ist hervorzuheben, daß die romanistische Lehre keineswegs auf solche Sätze beschränkt werden darf, die von den Römern selbst geprägt worden sind, ebensowenig wie der Grammatiker sich mit seinen allgemeinen Lehren auf Regeln beschränkt, die bereits in der Volkssprache in einer bestimmten Fassung vorliegen.

Trotzdem ist Bekkers Vorwurf durchaus berechtigt, insofern die Lehre von den beiden Funktionen als altrömische Gedankenarbeit vorgetragen wird. Insofern aber Keller aus den einzelnen instinctiv getroffenen Entscheidungen der Römer für das bessere Verständnis der Quellen und für die Praxis unserer Zeit diese Lehre durch Verallgemeinerung herstellte, war er durchaus im Rechte. Auf diese Weise ist ja der Hauptinhalt der Pandektendoctrin und der aus ihr entlehnten Gesetzbücher entstanden und zu erklären.

Wenn also Keller zu dem Gedanken kam, daß von uns aus den Entscheidungen der Quellen zwei verschiedene Gruppen von Fällen der exceptio rei judicatae zu bilden sind, von denen die eine als veraltet anzusehen, die andere aber als giltig, so ist gegen seine Methode nichts einzuwenden.

Nur ist ihm leider dabei das Unheil widerfahren die Verwechslung zweier verschiedener Dinge zu veranlassen: der Begründung der exceptio rei judicatae und der Kraft der res judicata.

---

[1]) Bekker, proc. Cons., S. 12 ff.

[2]) Vgl. namentlich v. Savigny a. a. O. zu Dig. 44, 2, 6 und 7 § 1 und hingegen Keller a. a. O, S. 263, Bekker, processuale Consumption, 14 ff. Rümelin, Zur Lehre von der exc. rei jud. Tübingen 1875, S. 7, Westerwald, Archiv f. prakt. Rechtswissenschaft, Neue Folge IX, S. 376 auch Dernburg, pr. Privatrecht I, § 137, 5. Aufl., S. 297. Daß die beiden Functionen in den Quellen „in ihrem eigentümlichen Gegensatze nirgends erwähnt sind", gibt übrigens auch Savigny zu, System VI, S. 282.

Digitized by Google

Die Ausgangspunkte seiner Lehre darf man nicht aus der Darstellung herauslesen, die sie bei seinen Nachfolgern gefunden hat, sondern aus seinen Vorstudien, von denen er ausging.

Er hat sich hier von Ribbentrop[1]) anregen lassen, gerade umgekehrt, wie dieser bei seinem Werke über die Correalobligationen sich bekanntlich von einem Gedanken Kellers leiten ließ.

In den von Ribbentrop erklärten Stellen (Dig. XX, 1, 16, 5 und XLII, 2, 9, 1) stehen sich eine exceptio und eine replicatio rei judicatae gegenüber. Die letztere lautet: Si non secundum me judicatum est, beruft sich also auf den Inhalt eines Urteils[2]).

Dagegen berief sich zweifellos die exceptio rei in judicium deductae nur auf die Tatsache und den Gegenstand der Litiscontestation. Das Gleiche nimmt man auch von der exceptio rei judicatae an.

Es gab also Fälle, in denen eine replicatio gegenüber der exceptio rei judicatae den vollen Inhalt eines Urteils hervorkehrte und andere, in denen diese replicatio fehlte, bei denen also ein exceptio rei judicatae durchschlug, die nur die Tatsache eines früheren Urteils über denselben Gegenstand erwähnte, nicht den vollen Urteilsinhalt, namentlich nicht den Sieger im Vorprozesse.

Da nun in der gegenwärtigen Praxis ein jeder, der ein früheres Urteil für sich anruft, auch dessen vollen Inhalt hervorzukehren pflegt, so lag es nahe anzunehmen, daß die Einrede, welche bloß das frühere Urteil über denselben Gegenstand, nicht aber auch den Prozeßsieger nannte, einem veralteten Rechtszustande angehöre.

Dafür sprach auch die Verwandtschaft der exceptio rei judicatae mit der im spätrömischen Rechte beseitigten exceptio rei in judicium deductae, die natürlich keinen Prozeßsieger nannte.

Ehe wir zu den Mängeln der hieraus entwickelten Lehren Kellers übergehen, mag hervorgehoben werden, daß seine Ansicht, insoweit sie bisher wiedergegeben wurde, durch neue Forschungen eine erhebliche Stütze gefunden hat. Lenel[3]) vertritt die Ansicht, daß die beiden exceptiones rei in judicium deductae und rei judi-

---

[1]) Commentatio ad l. 16 § 5 de pignor. und l. 9 § 5 de exc. rei jud. Gottingae 1824.

[2]) Von den Neueren, nicht aber von den Römern, wird sie replicatio rei judicatae genannt.

[3]) Edictum perpetuum S. 403.

Digitized by Google

atae im prätorischen Edikte und, wie er anzunehmen scheint, auch in jeder einzelnen formula identisch waren, d. h. durch ein einziges Formular ausgedrückt wurden[1]).

Es geschah dies mit den Worten Si ea res qua de agitur judicata vel in judicium deducta non est[2]).

Die Meinung Savignys nach der der Beklagte in jedem Falle zwischen beiden Einreden wählen mußte und eine alternativ gefaßte Einrede (des Prozeßbeginns oder des gefällten Urteils) nicht erlangen konnte, scheint mir von Lenel widerlegt zu sein[3]). Man darf aber auch nicht in der Annahme der Unerläßlichkeit des Doppelformulars zu weit gehen.

Wenn ein Beklagter zu beweisen vermochte, daß seine Sache durch ein gültiges Urteil bereits erledigt war, so wird man ihm wohl gestattet haben, die Worte „vel in judicium deductae" in der Formel wegzulassen. Ebenso wird man ihm wohl die Worte „judicatae vel" erspart haben, wenn der anhängig gewordene Anspruch durch Prozeßverjährung untergegangen war und er sich daher nur auf die deductio in judicium, nicht auf die res judicata berufen wollte. Ebenso auch, wenn er in der Lage war, die frühere deductio in judicium, nicht aber die spätere Urteilsfällung zu erweisen[4]).

Allein, selbst wenn man die beiden Exceptionsformulare wirklich getrennt haben sollte, so hatten doch jedenfalls beide exceptiones denselben Zweck, die Wiederholung des verhandelten An-

---

[1]) Ältere Literatur s. bei Lenel, Ed. perp. S. 403 Anm. 15 (vgl. namentlich Bekker, Cons. S. 136 ff. und Dernburg in der Heidelberger krit. Zeitschrift II S. 348), neuere in der französischen Übersetzung des Lenelschen Werkes: Essai de reconstitution de l'édit perpétuel von Frédéric Peltièr, Paris 1903, Bd. II S. 255. Anm. 1 u. 2. Für Lenel Dernburg Pand. I. § 162. Girard, manuel. 3. éd. p. 1026. Naber, Mnemosyne XVII p. 115 f. Gegen Lenel Eisele, Abhdl. i. röm. Civilpr. 1889, I p. 4 ff. Derselbe, Zeitschr. d. Sav. Stiftg. XXXIV, p. 1 f. Dagegen wiederum Lenel in der franz. Ausgabe a. a. O.

[2]) In der französischen Ausgabe S. 259 hat Lenel von Eisele (Abhandlungen z. röm. Civilpr. 1889 III S. 113 ff.) veranlaßt, diese Formel gegenüber einer älteren Fassung berichtigt.

[3]) Vgl. Savigny VI S. 267 und dagegen Lenel, Ed. perpetuum, S. 404.

[4]) Hierdurch erledigt sich die Frage, wozu man überhaupt eine besondere exceptio rei judicatae eingeführt habe. Eisele, Abhdl. S. 6.

Digitized by Google

spruchs unmöglich zu machen. Ein Anspruch, der in judicium gebracht war, war todt. Eine Leiche kann man nicht ermorden. Folglich vertilgte das spätere Urteil den Anspruch nicht mehr, sondern bewies nur, daß er schon früher untergegangen sein mußte, weil es kein Urteil gab, dem nicht eine deductio in judicium vorausgegangen wäre. Darin ist auch Lenel mit seinem Gegner Eisele einverstanden[1]).

Diese Identität des Zwecks genügt, um zu erklären, warum auch die exceptio rei judicatae zu ihrer Begründung nur derselben Tatsache bedurfte, die zur Rechtfertigung der exceptio rei in judicium deductae genügte, daß es also auch bei ihr nicht darauf ankam, festzustellen, wer eigentlich den Prozeß gewonnen hatte, ein Umstand, der in dem Zeitpunkte der res in judicium deducta ja überhaupt noch nicht feststehen konnte.

Die formula stellte am Sichersten fest, daß ein Anspruch vor Gericht gekommen war[2]). Die sententia wurde erst im späteren Rechte aufgezeichnet. Ursprünglich eignete sie sich also weit weniger, als die formula, dazu, dem Beklagten den Beweis dafür zu sichern, daß der eingeklagte Anspruch der Entscheidung des Richters unterbreitet worden war.

Die Frage, welche Prozeßwirkungen an die Litiscontestation und welche an das Urteil anzuknüpfen wären, muß mit dem Beurkundungswesen aufs Engste zusammengehangen haben[3]). Die Veränderung der Art, wie man den Streitgegenstand beurkundete, ist daher m. E. auch eine der vornehmlichsten Ursachen davon, daß man der Litiscontestation nicht die frühere volle novierende Kraft belassen konnte. Nicht, weil man die juristische Natur dieses Prozeßaktes anders auffaßte, hat man späterhin seine Kraft vermindert, sondern umgekehrt, weil ihm die alte Beurkundung in den neueren Prozeßformen verloren gegangen war, konnte man ihm nicht mehr die alte Kraft belassen und, weil man dies nicht konnte, auch an seiner früheren juristischen Beurteilung nicht

---

[1]) Eisele, Abhandl. S. 6. Lenel, édit. II p. 255.

[2]) Nach Schloßmann (Litis contestatio 1905), ursprünglich in gesprochenen Formeln, erst später schriftlich. Erwiesen ist dies m. E. nicht, wenn auch nicht unmöglich.

[3]) Darauf scheint auch Rümelin hinzudeuten. (Zur Lehre von der exc. rei jud. Tübingen 1875 S. 39.)

Digitized by Google

festhalten. Zur Zeit der älteren Beurkundungsformen war es dagegen aus praktischen Erwägungen zweckmäßig, die vernichtende Kraft des Prozesses an die in der Regel sicher erweisliche Litiscontestation anzuknüpfen und dadurch zur Novationskraft dieses Aktes zu gelangen. Daß sich dies änderte, war nicht ein Sieg des Zweckgedankens über einen zwecklosen Formalismus, dessen Fesseln man abschüttelte[1]), sondern eine einfache Umgestaltung der Rechtszwecke wegen veränderter Umstände.

Daraus, daß schon die Litiscontestation den Anspruch aufzehrte, ergab sich, daß man zur Abwehr einer Wiederholung des abgeurteilten Anspruchs einer vollen Aufklärung des Urteilsinhalts nicht bedurfte, namentlich nicht der Angabe, secundum quem judicatum erat.

Insoweit Keller das festgestellt hat, ist seine Lehre unanfechtbar. Leider hat sich aber Keller hierbei von der bei Gelehrten nicht seltenen Vorliebe für dunkle Terminologien nicht freigehalten. Er nannte die Begründung der Einrede der abgeurteilten Sache aus der bloßen Angabe des Urteilsgegenstandes „negative Funktion der Urteilseinrede", die Einrede des vollen Urteilsinhalts „positive Funktion".

Dabei war er sich merkwürdigerweise der Unrichtigkeit dieser Terminologie voll bewußt. Er schrieb sich selbst die schärfste Kritik[2]). Funktion und Begründung sind zweierlei. Einreden haben nach Keller streng genommen immer nur negative Funktionen[3]). Trotzdem konnte Keller dem Gelüst nicht widerstehen, die „Begründung" der Einrede mit „Funktion" zu bezeichnen, in der Hoffnung, daß man den unpassenden Namen nicht mißdeuten werde.

Strenge genommen gibt es also auch nach Keller (S. 223, Anm. 4) nicht zwei Funktionen (Wirkungen), sondern nur zwei Begründungsformen der Einrede der abgeurteilten Sache, eine

---

[1]) Dies ist herrschende Meinung; vgl. namentlich Savigny, System VI, S. 270. 282.

[2]) Man lese: Litiscontestation und Urteil S. 223, Anm. 4.

[3]) Anders z. B. Erman (Prof. in Münster) Dig. (44, 2) 21 § 4. études de droit classique et Byzantin. Lyon 1902 der p. 284, eine „exception rei judicatae positive" kennt als Gegensatz der exception rei judicatae ordinaire invoquant le „judicatum esse" et non pas le „ita judicatum esse."

Digitized by Google

oberflächlichere und eine ausführliche (erschöpfende), einerseits die Begründung mit der Urteilstatsache nebst Angabe des Urteilsgegenstandes und anderseits die Begründung mit dem vollen Urteilsinhalt. Die Worte Urteilstatsache (bei Savigny Urteilsdasein) und Urteilsinhalt sollen also den Gegensatz, der Keller vorschwebte, wiedergeben[1]). Allein auch dieser Gegensatz birgt eine Ungenauigkeit in sich. Es liegt auf der Hand, daß bei der sogenannten negativen Funktion (richtiger der minder eingehenden Begründung der exceptio rei judicatae) die bloße Tatsache eines irgendwo und irgendwann unter den Parteien gefällten Urteils nicht genügte. Die Identität der früheren und der späteren Sache mußte dargetan werden. Das ist aber bereits ein Stück von Urteilsinhalt. Die sogenannte negative Funktion betrifft also ebenfalls eine Einrede des Urteilsinhalts, das heißt des nur oberflächlich (unter Verschweigung des Prozeßsiegers) angegebenen Urteilsinhalts, die sogenannte positive Funktion bezieht sich dagegen auf die Einrede des vollständig angegebenen Prozeßinhalts. Man könnte dort beinahe von einer exceptio quae indiscrete loquitur reden, hier von einer exceptio discreta. Eine Urteilseinrede, die einen Teil des Urteilsinhalts verschweigt, ist freilich nicht sein getreues Ebenbild, sie funktioniert also ihm gegenüber nicht völlig positiv; denn sie wiederholt seine Beschaffenheit nicht. Trotzdem müßte man sie dem Urteilsinhalt gegenüber, insoweit er verschwiegen wird, besser indifferent, als negativ nennen. Wer etwas dahingestellt läßt, der negiert es nicht.

Es gab also gegenüber der Person des Prozeßsiegers gleichgültige und rücksichtsvolle Urteilseinreden.

Keller würde jedoch schwerlich seinen terminologischen Mißgriff begangen haben, wenn nicht eine sachliche Verwechslung dem zu Grunde gelegen hätte. Er betont, daß die beiden Funktionen der Einreden mindestens ungefähr mit den beiden Funktionen des Urteils (oder Prozesses), von denen er spricht, gleichen Schritt halten[2]). Die Funktion des Urteils, von der er öfters redet[3]), fließt in Folge dessen bei ihm zusammen mit der Einrede des

[1]) Vgl. die oben § 1 S. 67 Anm. 1 Angeführten, auch Dernburg, Pandekten 7. Aufl. I. § 162, S. 375. 376.

[2]) Litiscontestation und Urteil S. 107.

[3]) Vgl. z. B. S. 71 ff. 235 und 236 mit S. 223 Anm. 4.

Digitized by Google

rechtskräftigen Urteils. So verwechselt er die positive Funktion der Einrede des Urteils mit der Einrede der positiven Funktion des Urteils[1]). Daher erscheint denn schon bei Savigny[2]) die „Funktion" als „Gestalt", der neueren Doktrin ist sie nichts als „Kraft" und „Wirkung" des Urteils[3]).

Daß ein Urteil eine negative (zerstörende) Kraft (Funktion) gegenüber den eingeklagten Ansprüchen hat und daneben auch noch positive schöpferische Wirkungen oder Funktionen, das hat ja einen recht guten Sinn, nur leider nicht den, welchen Keller mit den entsprechenden Worten (auf S. 223 Anm. 4) verband, obwohl er anderweitig auch ihm vorschwebte. Von dieser positiven Funktion behauptete aber Keller nicht, daß sie die jüngere und schließlich die einzige war. So vermischte sich denn Kellers Lehre von der doppelten Art der vor Gericht erforderlichen Begründung von Urteilseinreden mit der Lehre von der doppelten Kraft der Urteile.

Zwei verschiedene Gegenstände sind hier identifiziert. Wir müssen sie trennen und jeden für sich betrachten. Dabei stellen wir von vornherein fest, daß in der Kellerschen Lehre zwei praktisch wichtige Behauptungen stecken, die noch für die Gegenwart von Bedeutung sind:

1. Der bereits gewonnene Prozeß darf (wenigstens im Notfalle) nach spätrömischem und modernem Rechte vom Kläger wiederholt werden. (Sogenannte Verdrängung der negativen Funktion durch die positive).

2. Die Einrede der rechtskräftig abgeurteilten Sache verlangt heutzutage immer eine Angabe des vollen Urteilsinhalts.

Beide Behauptungen zu sondern und anzufechten ist der Zweck des Folgenden.

Es kann dies nicht anders geschehen, als indem ihre exegetischen Voraussetzungen umgestürzt werden (s. unten § 4 und 5).

[1]) Diese Verwechslung zieht sich durch die ganze neue Literatur hindurch. Siehe z. B. Bethmann-Hollweg, Civilproceß II, § 111, S. 636. Rudorff, röm. R. G., II. S. 262, Anm. 3. Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. XI, S. 381.

[2]) Der nach Windscheid, Actio S. 100, „zu einem Irrthum veranlaßt worden ist", vor dem Keller „ausdrücklich gewarnt hat".

[3]) Das Marginale zu den Motiven I, S. 374, spricht sogar von einer „positiven Wirkung der Rechtskraft".

Digitized by Google

Da sie jedoch nicht bloß auf die Texte gegründet werden, die von der replicatio rei judicatae sprechen, sondern auch auf das gegenseitige Verhältnis der beiden Urteilsfunktionen, die man als negative und positive bezeichnet, so ist es nötig, zunächst die Art und die Kraft dieser Funktionen einer noch genaueren Prüfung zu unterwerfen (§ 3).

2. Das Sonderrecht bloss negativer Urteilswirkungen.

§ 3.

Wir sahen schon oben, daß die Funktionen der Urteilseinrede nicht mit den Funktionen des Urteils selbst verwechselt werden dürfen.

Damit soll jedoch nicht geleugnet werden, daß ein Parallelismus beider Arten von Funktionen sehr wohl denkbar ist, d. h. daß eine negative Einredenfunktion neben einer ebensolchen Urteilsfunction herlaufen kann und eine positive Einredenfunction neben der positiven Urteilswirkung.

Vielleicht war also Keller gegen sich selbst zu streng, als er meinte, daß jede Einrede „genau genommen“ nur negativ wirken könne[1]).

Wir müssen uns daher die Frage vorlegen, was man vernünftiger Weise unter einer positiven oder negativen Funktion des Urteils verstehen könne.

Man wird gut tun, sich hierbei darüber klar zu werden, daß die Ausdrücke „positiv“ und „negativ“ so lange völlig unklar sind, sobald nicht sicher ist, was denn eigentlich „festgestellt“ oder „negiert“ werden soll[2]).

Überall will man mit den Worten „positiv“ und „negativ“ Gegensätze bezeichnen. Sie haben also nur soweit Berechtigung als sie sich auf ein und denselben Gegenstand beziehen, der von der Position und von der Negation ergriffen wird.

---

[1]) Litiscont. und Urteil, S. 223, Anm. 4.

[2]) Auf die übliche Verwechslung der Begriffe „Verneinen“ und „Zerstören“ hat der Verfasser schon früher hingewiesen (Institutionen, S. 495). Sie spielt hier aber deshalb keine sonderlich große Rolle, weil der Beklagte einen Anspruch vernichtet, indem er das Recht zu seiner Anstellung mit Erfolg verneint.

Digitized by Google

In der üblichen Redeweise, die positive und negative Funktionen unterscheidet, stellt aber das positive etwas ganz anderes sicher, als das negative verneint. Die negative Funktion verneint das Recht zur Anspruchswiederholung, die positive bejaht den Urteilsinhalt. Jene Verneinung schließt aber diese Bejahung nicht aus.

Es gilt vielmehr auch hier der Satz Unius positio non est alterius exclusio. Es liegen also nur scheinbare Gegensätze vor.

Ganz anders läge die Sache, wenn man behauptete: Die „exceptio rei judicatae vernichtet das Recht auf Anspruchswiederholung die replicatio rei secundum ne judicatae begründet und festigt dagegen dasselbe Recht[1])". So drückt man sich aber bekanntlich nicht aus.

Jetzt sehen wir auch, warum es möglich war, zu behaupten, daß die positive Funktion von der negativen umschlossen werde[2]) und andererseits, daß die positive Funktion die negative in sich aufnehme und verschlinge[3]). Nimmt man an, daß das Urteil nicht bloß den angestellten Anspruch negiert, sondern alles, was sich ihm in den Weg stellt, so ist die Einrede, die den Widerspruch gegen einen Urteilsinhalt beugt, gegenüber diesem Widerspruche negativ und gegenüber dem Urteilsinhalt positiv, etwa ebenso, wie die Behauptung des Todes eine Verneinung des Lebens ist[4]).

Man würde aber doch zu weit gehen, wenn man der Unterscheidung der negativen Funktion von andern Funktionen des Urteils alle und jede praktische Bedeutung absprechen wollte[5]).

[1]) Ein derartiger Gedanke scheint Wach zu Kellers röm. C. Proz. 5, A. 1876, A. 849 zu § 72 in seinen Ausführungen gegen Rümelin vorzuschweben.

[2]) So Bekker, proc. Consumption, S. 12ff., vgl. aber auch Aktionen I, S 317ff.

[3]) So G. Rümelin zur Lehre von der exc. rei judicatae, Tübingen 1875. Ähnlich auch Hölder, Pandekten, S. 380, Anm. 1: „In Wirklichkeit fallen jene beiden Functionen zusammen, da die prozessualische Consumption eben darin besteht, daß das zum Objekte des Prozesses erhobene Rechtsverhältnis ein solches ist, dessen Existenz von der Entscheidung dieses Prozesses abhängt und daher nicht mehr zum Objekte einer andern Entscheidung gemacht werden kann."

[4]) Vgl. des Verf. Allgem. Teil des BGB., Berlin, Guttentag, S. 393, § 88 I, über positive und negative Bedingungen.

[5]) Die Beurteilung der G. Rümelinschen Schrift durch Heyssler

Digitized by Google

Negation der Klagenwiederholung und Position des Urteilsinhalts sind freilich keine Gegensätze[1]), andrerseits sind sie aber auch nicht identische Größen. Der Urteilsinhalt schließt vielmehr das Wiederholungsverbot in sich[2]), dies ist ein Stück von ihm. Freilich wird oft genug das Gegenteil behauptet, aber mit Unrecht. In Wahrheit ist ein Wunsch nicht nur dann erledigt, wenn er verworfen ist, sondern auch wenn er seine Erfüllung gefunden hat. Der Richter, der eine Klage anerkennt, macht dadurch ein weiteres Klagen über denselben Gegenstand überflüssig. Aus seinem Spruche kann man daher nicht herauslesen, daß er Klagenwiederholungen erlaube[3]). Unmöglich will er dem Kläger das Recht zusprechen, sich für einen einzigen Anspruch mehrere Vollstreckungstitel durch wiederholte Prozesse zu verschaffen. Das Gegenteil entspricht vielmehr im Zweifel seinem Willen[4]).

Wäre es also wirklich wahr, daß dem Kläger nach dem siegreichen Urteile die Anspruchswiederholung erlaubt wäre, so würde dies doch nur eine Abschwächung der negativen Kraft des Urteils sein, niemals aber eine positive Verwirklichung des Urteilsinhalts[5]).

(Grünhuts Zeitschrift f. d. Privatrecht u. öffentl. Recht, III, S. 185) ist in dieser Hinsicht viel zu schroff, vgl. aber auch Regelsberger, Pandekten, § 196, A. 9. M. E. steht die praktische Bedeutung der Frage, ob es besondere Rechtsregeln für bloß negative Urteilswirkungen gebe oder nicht, außer jedem Zweifel.

[1]) Dies hat Rümelin a. a. O., m. E. erwiesen, vgl. insbesondere S. 6. 21.

[2]) Diese richtige Auffassung der rein negativen Urteilskraft als einer bloßen Unterart der positiven Urteilswirkung findet sich namentlich bei Unger, System des österr. Pr. R. 4 A. II, § 133, S. 682, Sohm, Institutionen, 11. Aufl., S. 248 und Franz Leonhard, in Birkmeyers Encyklopädie. 2. Aufl., S. 45.

[3]) So richtig Windscheid, die Actio des römischen Civilrechts, Düsseldorf 1856, S. 105. Ähnlich Regelsberger, Pandekten, § 196, Anm. 10 und Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900. S. 169.

[4]) Ist die Klage zur Zeit abgewiesen worden, und wird sie zur rechten Zeit wiederholt, so liegt nicht mehr dieselbe Klage, sondern in Folge des Zeitablaufs ein neuer Klagegrund vor. Dasselbe gilt auch von der in angebrachter Art abgewiesenen Klage, die später in anderer Art angebracht wird. Vgl. über diese letztere Erscheinung Planck, die Mehrheit der Rechtsstreitigkeiten im Prozeßrecht. Göttingen 1844. S. 266 ff. und Bethmann-Hollweg, Civilprozeß III, § 156. S. 292.

[5]) Bekker, prozeß. Consumption spricht S. 305 ff. mit Recht von „Milderungen der Consumption."

Digitized by Google

Ein Urteil des Inhalts, daß der Kläger seine schon jetzt erfolgreiche Klage später wiederholen dürfe, hat es wohl nie und nirgends gegeben, vielmehr hat Rümelin (a. a. O.) das Gegenteil mit Recht behauptet.

Wenn hiernach das Verbot der Klagenwiederholung naturgemäß zum Urteilsinhalte gehört, so erschöpft es doch keineswegs den vollen Urteilsinhalt. Insoweit dieser z. B. ein eingeklagtes Recht feststellt, liegt er neben jenem Verbote.

Man sollte daher nicht negative und positive Funktionen des Urteils unterscheiden, sondern statt dessen bloß negative Funktionen (Wiederholungsverbote) und anderweitige, nicht bloß negative Funktionen. So berichtigt ist die Absonderung der negativen Funktionen an den Gesamtfunktionen des Urteils nicht zu beanstanden.

Es fragt sich nur, ob diese Sonderung irgend einem Bedürfnisse entsprach.

Diese Frage muß bejaht werden. Und zwar erfordert sowohl die Rechtsgeschichte, wie die Praxis eine solche Sonderung.

Zunächst die Rechtsgeschichte. Das Verbot der Anspruchswiederholung knüpfte sich wie schon erwähnt wurde, im Formularprozesse nicht erst an das Urteil an, sondern schon an die Litiscontestation. Diese nahm dem Urteil die rein negative Funktion vorweg. Letztere fehlte dem Urteile, weil dieses zu spät kam, um sie auszuüben. Erst als die processuale Consumption durch Prozeßbeginn aufhörte, fiel die gleiche Kraft dem Urteile zu, das sie bisher entbehrt und sich auf die nicht bloß negativen Prozeßwirkungen beschränkt hatte.

Diese interessante Erscheinung wird nur dann verständlich, wenn man die negative Funktion von den übrigen sondert.

Aber auch die Praxis verlangt eine solche Sonderung, nämlich in der Frage, ob zur Begründung der Einrede des rechtskräftigen Urteils der Nachweis des vollen Urteilsinhalts nötig ist, namentlich, ob der Sieger in dem früheren Prozesse festgestellt werden muß (s. oben § 1). Wo das frühere Urteil nicht in bloß negativer Weise wirken soll, da muß dies auf alle Fälle geschehen. Wo es dagegen bloß eine Anspruchswiederholung abwehren soll, da war das jedenfalls zur Zeit der processualen Consumption nicht nötig, wie wir oben sahen.

Digitized by Google

Daß sich dies aber mit dem Wegfalle der novierenden Kraft der Litiscontestation geändert haben muß, kann nicht ohne Weiteres zugegeben werden, bleibt vielmehr zu untersuchen (s. unten § 5).

III. Exegetischer Teil.

I. Die Replik des Prozessgewinns bei nachträglichem Besitzerwerbe des Gegners.

a) Der Sinn der lex 9 § 1 Dig. de exceptione rei judicatae XLIV, 2.

§ 4.

Der Ausgangspunkt der Lehre von der replicatio rei secundum me judicatae ist Ulpians (libro septuagesimo quinto ad edictum) viel behandeltes Fragment Dig. 44,2 d. exc. r. j. fr. 9 § 1: Si quis fundum, quem putabat se possidere defenderit mox emerit[1]): re secundum petitorem judicata an restituere cogatur. et ait Neratius, si actori iterum petenti objiciatur exceptio rei judicatae, replicare eum debere de re secundum se judicata[2]).

Die Stelle mag als ein Hauptbeispiel dafür dienen, daß es sich empfiehlt, neben der bekannten duplex interpretatio der Quellentexte auch ihre Beziehungen zu dem gemeinrechtlichen Prozesse und endlich auch noch ihr Verhältnis zu den Rechtssätzen der Gegenwart festzustellen, um so in einer quadruplex interpretatio das volle Maaß der Anregung zu gewinnen, das uns die Überlieferungen des römischen Rechts zu gewähren vermögen.

---

[1]) Die Interpunktion ist zweifelhaft, s. unten.

[2]) Ältere Literatur s. b. Keller S. 586, vgl. auch Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 10 S. 379. Kellers Auslegung lehnt sich an Ribbentrop (vgl. oben S. 70 Anm. 1 an. Von besonderer Bedeutung sind neuerdings Bekker, processuale Consumption, S. 269 ff. 317 ff. und ähnlich G. Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae Tübingen 1875, der S. 25 Anm. 5 Hypothesen erwähnt, die er selbst für gewagt hält. Der Verf. hielt es nicht für seine Aufgabe, eine Blütenlese aller unbefriedigenden Vermutungen über den Sinn der Stelle mitzuteilen; vgl. übrigens auch noch Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschrift V, S. 84 und auch noch Krüger, processuale Consumption und Rechtskraft des Urteils. Leipzig 1864, S. 118. 120 ff. 153 ff.

Digitized by Google

In der Regel versucht man nicht einmal den ursprünglichen Gedanken Ulpians von dem Sinne, den das Fragment durch seine Aufnahme in die Justinianische Sammlung erhalten hat, zu sondern. Dies ist auch nicht nötig, sofern man annimmt, daß der arbitratus de restituendo schon zu Ulpians Zeit vollstreckbar war[1]). Nimmt man freilich an, daß zu dieser Zeit im Vindikationsprozesse nur die Geldcondemnation vollstreckt werden durfte, so könnte Ulpian nicht die Frage gestellt haben; an restituere cogatur (rem), sondern höchstens etwa: an condemnandus sit, nisi restituat. Wir müßten dann an eine Interpolation denken. Für die Deutung der Stelle würde dies aber von geringem Einflusse sein. Die Hauptfrage, die sie stellt, bliebe für das Recht der Ulpianischen Zeit dieselbe, wie für das Recht Justinians.

Es hat jemand sich auf eine rei vindicatio eingelassen[2]), ohne die Sache zu besitzen und ohne eine litis offerre zu begehen, weil er irriger Weise glaubte Besitzer zu sein[3]). Man denke an einen Großgrundbesitzer, dem von einem seiner Inspektoren ein falscher Bericht über seinen Besitzstand auf einem entlegenen Gute gemacht wird und der deshalb an dem angeblich vorhandenen Besitze der eingeklagten Sache nicht zweifelt oder an einen Beklagten, dem die eingeklagte Sache gestohlen ist, ohne daß er es weiß. Bald darauf kauft der Beklagte die Sache und zwar heißt emere hier wohl so viel wie „käuflich erworben[4])". Die Über-

---

[1]) Dafür namentlich Keller a. a. O., S. 215 Anm. 5. Eine Übersicht der Parteien bei Westerburg, Archiv f. civ. Praxis N. F., Bd. 9, S. 380 Anm 8. Gegen die Naturalexecution auch Krüger, proc. Consumption, S. 124 und namentlich auch Ubbelohde. (Hartmann-Ubbelohde: Ordo Judiciorum Göttingen 1886, S. 517) wegen Dig. XXVII, 9. de reb. eor. fr. 3 § 2. XLIII, 29 de lib. hom. exhib. f. 3 § 13. Für Keller spricht Dig. 42, 1 de re jud. fr. 15 pr. Literatur s. b. Hartmann-Ubbelohde, S. 517. Anm. 69, vgl. auch Wetzell, Vindicationsproceß 121 ff.

[2]) Vgl. hierüber die eingehenden und im Wesentlichen überzeugenden Ausführungen Wlassaks in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung, romanistische Abteilung Bd. XXV, S. 123 ff. Abweichend ist die Auffassung Krügers, processuale Consumption u. Rechtskraft des Urteils. Leipzig 1864. S. 122.

[3]) Seine Benennung als fictus possessor (vgl. Buchka, Einfl. des Prozesses, S. 149) ist hiernach irreführend.

[4]) Eine andere Ansicht deutet G. Rümelin S. 25 Anm. 5 als möglich an, m. E. mit Unrecht.

Digitized by Google

gabe der Sache wird vorausgesetzt. Sonst könnte die Frage an restituere cogatur nicht aufgeworfen werden. Es sind fast alle Ausleger darüber einig, daß der Erwerb dieser Sache erst geschehen sein soll, nachdem der Nichtbesitzer bereits verurteilt war, obwohl der Text mit der üblichen Interpunction dagegen spricht: Si quis fundum .... defenderit, mox emerit: re secundum petitorum judicata an restituere cogatur. Nichts liegt näher als das Kolon hinter judicata zu setzen[1]). Ribbentrop, der dies einsieht, will sich trotzdem nicht dazu verstehen, weil Ulpian, wenn er sich genau ausgedrückt hätte, würde haben schreiben müssen: mox, re secundum petitorum judicata, emerit. Da er jedoch nun einmal ungenau geschrieben hat, so sollte es doch näher liegen anzunehmen, daß seine Ungenauigkeit nur eine halbe war, und nicht eine ganze, d. h. daß das Kolon hinter judicata zu setzen ist. Im Geiste tun ja dies auch Ribbentrop und Keller, warum wagen sie nicht dasselbe auch auf dem Papier zu tun[2])?

Also das Eine steht fest: Der Nichtbesitzer ist verurteilt, ehe er den Besitzerwerb erlangt hat.

Fraglich ist nur, ob dies Urteil ein bloßes Zwischenurteil war, wie es als Grundlage des arbitratus restituendi anging. Die Meisten nehmen dies an[3]). Dann wäre die Stelle nur aus Versehen in die Digesten gekommen; denn zu Justinians Zeit gab es den alten arbitratus nicht mehr.

Schon aus diesem Grunde nehme ich an, daß gegen den Nichtbesitzer ein Endurteil ergangen, nicht aber, daß der Kläger nach ergangenem Zwischenurteil doch noch wegen Nichtbesitzes

---

[1]) Vgl. Ribbentrop a. a. O. p. 61. Zustimmend Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 588. Anm. 5.

[2]) Auch in Mommsens Ausgabe und Lenels Palingenesia 1667, II, pag. 858, findet sich die angefochtene Interpunktion.

[3]) Vgl. Ribbentrop, commentatio p. 66. Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 587. Pfeiffer, Archiv f. civ. Praxis, Bd. 37, S. 246. Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zschr. Bd. V, S. 94. Westerburg, Archiv f. prakt. R. W. N. F. Bd. 9, S. 380. Buchka hält sogar die entgegengesetzte Ansicht für unmöglich (Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis I, Rostock 1846, S. 154. Er erblickt schon in l 9 pr. einen Hinblick auf die replicatio des § 1, setzt also schon hier eine Präjudicialsentenz voraus.

Digitized by Google

des Beklagten abgewiesen worden ist[1]). M. E. konnte Ulpian, wenn er eine endgültige Klagebeweisung als gescheheu voraussetzte, nicht schreiben: re secundum petitorem judicata, während die Sache doch höchtens vorläufig secundum actorum abgeurteilt war, hinterher aber ungültig contra actorem.

Jetzt lautete die Frage Ulpians: Kann die Verurteilung des Nichtbesitzers vollstreckt werden, wenn der Verurteilte den Besitz erst später erlangt[2])? Ulpian beantwortet diese Frage nicht direkt, sondern er läßt Neratius für sich reden. Daß er die von Neratius angeführte Ansicht mißbillige[3]), halte ich für ausgeschlossen. Wenn man auf eine Frage, die man stellt, mit einem Zitat antwortet, so kann dies nur bedeuten, daß man sich die in diesem Zitate ausgesprochene Ansicht aneignen will. Neratius beantwortet nun freilich die gestellte Frage nach der Vollstreckbarkeit des Urteils durchaus nicht, sondern behauptet nur, daß der Kläger zum zweiten Male mit Erfolg klagen könne. Darin liegt aber eine deutliche Verneinung der gestellten Frage[4]). Wenn man einen Kläger, der eine Vollstreckung seines siegreichen Urteils wünscht, auf eine neue Klage hinweist, so liegt doch darin deutlich, daß man den Wunsch für unerfüllbar hält. Niemand klagt aufs Neue, wenn er den Gegenstand der früheren Klage im Wege des Zwanges unmittelbar erreichen kann.

Diese Ansicht des Neratius läßt sich auch sehr wohl begründen. Hat ein Verurteilter den Gegenstand des Urteils erst später aus einem neuen Rechtsgrunde erworben, so ist es unbillig, ihm dies Erworbene zu entreißen, ohne ihn über seinen neuen Titel auch nur zu hören. Es wäre ja möglich, daß er die Sache bereits dem siegreichen Kläger herausgegeben, dieser sie hierauf an einen Dritten veräußert und der frühere Beklagte sie von dem

[1]) Dies wird auffallender Weise vielfach angenommen, vgl. z. B. Keller a. a. O. S. 587. Buchka a. a. O. S. 154. 155. Westerburg a. a. O. S. 380.

[2]) Der Wortlaut des § 883 der C. P. O. spricht für die Bejahung nach gegenwärtigem Rechte. Dem Beklagten wird hier m. E. eine Klage aus § 767 helfen, wenn der neue Erwerbsgrund die frühere Verurteilung als ungerechtfertigt erscheinen läßt.

[3]) So Bekker, process. Consumption S. 271.

[4]) Nach der oben S. 81 Anm. 1 erwähnten Ansicht, nach der zu Ulpians Zeit die Sentenz im Eigentumsprozesse nicht vollstreckbar war, wäre diese Antwort selbstverständlich. Nicht so für das Justinianische Recht.

Digitized by Google

Dritten gekauft hätte. Man könnte hier von einem causa superveniens auf passiver Seite reden.

Etwas anders würde es sich vielleicht dann verhalten, wenn die Sache dem Beklagten etwa vor seiner Verurteilung durch Diebstahl abhanden gekommen wäre und er hierauf mit obrigkeitlicher Hilfe oder auch ohne eine solche wieder in den Besitz käme. Von diesem Falle spricht Ulpian nicht. In ihm fehlt dem Verurteilten der neue Erwerbstitel. Darum würde man ihn auch wohl anders beurteilt haben.

In unserm Falle führt der frühere Prozeß nicht zur Vollstreckung. Darum bleibt nichts übrig als einen neuen zu beginnen.

Daß ein solcher Prozeß erfolgreich sein kann, sofern nur der Kläger wirklich Eigentümer ist, darüber herrscht kein Streit. Befremden erweckt nur die Begründung, mit der dies Ergebnis verteidigt wird. Hier muß die quadruplex interpretatio einsetzen, um volle Klarheit zu gewinnen. Wir unterscheiden:

1. Das Recht zur Zeit Ulpians, Neratius und Ulpian sind der Ansicht, daß eine rei vindicatio wegen eines angeblich vorhandenen Besitzes des Beklagten identisch sei mit einer spätern rei vindicatio wegen eines erst später erworbenen Besitzes desselben Gegners. Die Verschiedenheit des Besitzes ist ihnen also für die Identitätsfrage gleichgültig. Denn der Besitz gehört nicht mit zu dem Klagegrund. Die formula erwähnte ihn nicht[1]). Er war keine causa actionis, sondern nur eine nebensächliche conditio sine qua non. Dies zeigte sich namentlich bei der Frage, ob der Besitz schon litis contestationis tempore vorhanden sein müsse, um eine Verurteilung zu begründen[2]).

Wurde also jedesmal das Eigentum in judicium deduciert, so war der Anspruch zwar nicht ipso jure, aber doch ope exceptionis consumiert[3]) und auch das Urteil betraf das Eigentum[4]). Davon gab es auch dann keine Ausnahme, wenn das Eigentum vom Richter untersucht und verneint worden war. Den Römern

[1]) An sie lehnt sich die Identitätsfrage an; Savigny, System VI, S. 278.

[2]) Windscheid-Kipp, Pand. I, § 128, Anm. 5.

[3]) Gaj. IV, 107.

[4]) Vgl. Westerburg a. a. O., S. 384.

Digitized by Google

erschien es unangemessen, den bereits gescheiterten Beweis des Eigentums nochmals zu wiederholen, wenn sich die Besitzlage des Beklagten geändert hatte, und es ist fraglich, ob uns nicht diese Auffassung selbst dann sympathisch sein muß, wenn wir genötigt sind, in ihr einen veralteten Rechtszustand zu erblicken.

Der Grundsatz: „Jede neue Eigentumsverletzung erzeugt einen neuen Anspruch" war somit nicht römischen Rechts[1]).

Nur, wenn der Kläger den Eigentumsprozeß früher gewonnen hatte, erschien es unbillig, eine Konsumption anzunehmen, dann sollte die exceptio rei judicatae dem Kläger nicht schaden, falls der Beklagte aus einem neuen Grunde den Besitz erwarb und dadurch eine neue Eigentumsverletzung eintrat.

Nach l 9, § 1 dig. 44,2 war es hierbei Sache des Klägers, zu behaupten und zu beweisen, daß der frühere Prozeß zu seinen Gunsten ausgefallen war. Der Beklagte brauchte nur zu behaupten, daß über das Eigentum bereits geurteilt war, um zunächst der wiederholten Klage einen Damm entgegenzusetzen. Sache des Klägers war es dann zu replicieren und den früheren Prozeßgewinn darzutun.

Die Zulässigkeit und das Erfordernis dieser besonderen Replik soll angeblich mit andern Stellen in Widerspruch stehen. Nach diesen soll auch ohne dieses Rechtsmittel eine exceptio rei judicatae unzulässig gewesen sein, sobald eine neue Besitzstörung gegenüber dem siegreichen Eigentümer eintrat[2]).

Betrachten wir zunächst Dig. 44,2 de exc. rei judicatae fr. 9 pr. (Ulpianus eodem loco): Si a te hereditatem petam, cum

---

[1]) Vgl. Bekker, proc. Cons. 242ff., 252 und dagegen richtig Aktionen I, S. 341. Unrichtig auch Wächter, Erörterungen, Heft 3, S. 6 „Bei einer angestellten rei vindicatio dagegen wurde durch die Litis Contestation natürlich nicht das Eigentum des Klägers consumiert, sondern nur der Anspruch des Klägers." Den Römern schien dies garnicht natürlich, ebenso wenig wie die Unschädlichkeit der pluspetitio für das minus. Vielmehr mußte, wer unvorsichtiger Weise sein Eigentum einklagte, obwohl der Gegner ihm dazu keinen Anlaß gab, zur Strafe dies Eigentum verlieren, sofern ihn nicht eine replicatio begnadigte. Richtig Dernburg, Heidelberger krit. Zeitschrift II, S. 350ff., auch Puchta-Krüger, Institutionen, 10. Aufl., S. 541, Regelsberger, Pandekten I, § 107, S. 704, 705.

[2]) Bekker, Consumption, S. 252, G. Rümelin, S. 24.

Digitized by Google

nihil possideres, deinde ubi coeperis aliquid possidere, hereditatem petam an noceat exceptio ista? et putem sive fuit judicatum hereditatem meam esse, sive adversarius quia nihil possidebat, absolutus est, non nocere exceptionem (übersetzt in den Basilika XLI, 2, 9).

Aus dem sofort folgenden l 9, § 1 dürfen wir entnehmen, daß Ulpian das Widerspiel von exceptio und replicatio, das er uns in § 1 schildert, auch schon im principium als einen Fall des „non nocere" vor Augen hatte.

Daß aber der Satz: „exceptio non nocet" zweideutig ist, gibt auch Bekker zu [1]).

Ein Säbelhieb nach meinem Kopfe ist nicht bloß dann unschädlich, wenn er bei meinem Kopfe vorbei geht, sondern auch, wenn ich ihn mit meinem Säbel pariere. Der Säbelhieb ist die exceptio rei judicatae, die Parade die replicatio rei secundum me judicatae.

Daher widerspricht das principium der lex 9 dem folgenden § 1 nicht.

So ist auch zu deuten: l. 17, Dig. h. t. 44,2 (Gajus): Si rem meam a te petiero, tu autem ideo fueris absolutus, quod probaveris sine dolo malo te desisse possidere, deinde postea coeperis possidere et ego a te petam: non nocebit mihi exceptio rei judicatae.

Daß in den beiden Stellen ein besonderer Hinweis auf die Möglichkeit einer replicatio nicht enthalten ist, läßt sich sehr wohl erklären. Der Ausdruck exceptio non nocet ist ja darum so gut gewählt, weil er zwei Fälle betrifft. Wenn der Beklagte den vollen Inhalt der Sentenz erwähnte, indem er sich auf sie berief, dann bedurfte es einer replicatio nicht. Aus der Sentenz, von der die Einrede spricht, ergab sich dann die Zulässigkeit der neuen Klage. Verschwieg er aber das Ergebnis des Urteils und erwähnte nur die Tatsache einer früheren Entscheidung über die jetzt wiederum geltend gemachte Eigentumsfrage, so mußte diese Einrede durch replicatio unschädlich gemacht werden.

Zu ganz andern Ergebnissen führen allerdings zwei Stellen, die mit Unrecht den bisher besprochenen gleichgestellt werden [2]).

---

[1]) Processual. Cons., S. 270.

[2]) So z. B. von Krüger, prozessuale Consumption S. 118, ebenso von Bekker u. Rümelin a. a. O.

Digitized by Google

L. 18. Dig. de exc. rei jud. 44, 2 (Ulpianus): Si quis ad exhibendum egerit, deinde absolutus fuerit adversarius, quia non possidebat, et dominus iterum agat nancto eo possessionem: rei judicatae exceptio locum non habebit, quia alia res est.

Hier zeigt sich der Unterschied der persönlichen Klage von der dinglichen [1]). Die actio ad exhibendum führte kein dingliches Recht in judicium; sie individualisierte sich lediglich nach dem Tatbestande, der ihr zu Grunde liegt. Folglich lag schon im römischen Formularprozesse keine res judicata vor und keine Identität des früheren und des späteren Anspruches, sobald in der neuen Klage sich ein Punkt des verpflichtenden Tatbestandes, nämlich der Besitz des Beklagten, geändert hatte.

Dasselbe gilt von l 8 pr. Dig., ratam rem haberi 46, 8. Es klagt zwar hier ein dominus, aber nicht mit der dinglichen rei vindicatio, sondern mit der actio ad exhibendum.

2. Das Justinianische Recht soll angeblich das Widerspiel von exceptio rei judicatae und replicatio rei secundum me judicatae überwunden haben [2]). Doch ist dies in Wahrheit nicht der Fall und l 9 § 1. D. 44, 2 durfte sehr wohl in die Pandekten aufgenommen werden.

Allerdings waren die formulae weggefallen und die Frage, ob ein früherer Anspruch mit dem älteren identisch war, konnte nicht mehr aus dem Wortlaute der Formel beantwortet werden, sondern nur aus dem Inhalt der Gerichtsverhandlungen, die den Streitgegenstand nunmehr feststellten.

Allein dieselben Gründe, die früher dahin führten, das dingliche Recht als den eigentlichen Gegenstand des Vindicationsprozesses in der Formel zu nennen, mochten dazu drängen, ihn in den Gerichtsverhandlungen als solchen aufzufassen und zu protokollieren.

Es blieb somit alles beim Alten und es lag keine Veranlassung vor, das frühere Recht zu ändern. Noch im spätrömischen Rechte schließt, wie Wetzell bemerkt [3]), die dingliche Klage eine prä-

[1]) Vgl. die bekannten Stellen, Dig. XLIV, 2 fr. 11 § 5 und 14 § 2.

[2]) Dies war jedenfalls Savignys Ansicht, der die Aufnahme der l 9 § 1 in Justinians Sammlung für einen Mißgriff hielt (System VI, S. 280.

[3]) Vindicationsproceß S. 2. Ähnlich Buchka, Lehre vom Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh., S. 129 ff.

Digitized by Google

judiciale Bedeutung in sich, die Feststellung des dinglichen Rechts, die nur einmal vor Gericht möglich war, aber dann, wenn sie erreicht war, bei späteren Rechtsverletzungen eine Klagewiederholung nicht verbot.

Da die Entscheidung über einen Anspruch dessen Wiederholung nach wie vor grundsätzlich ausschloß, so lag in diesem Ausnahmefalle die Beweislast darüber, ob der frühere Prozess gewonnen war, noch immer dem Kläger ob.

3. Im gemeinen Prozesse hat sich die Sachlage insofern völlig geändert, als die Grundlage des Urteils und der Einrede der abgeurteilten Sache nunmehr in die Klageschrift fiel, die völlig substantiirt sein mußte. Alles, was dazu gehörte, war Klagegrund und der Besitz des Beklagten war es seitdem nicht minder als das Eigentum.

Aus der späteren Verletzung des schon früher einmal vor Gericht gebrachten Eigentums entsprang seitdem ein ganz anderer Anspruch[1]). Eine exceptio in judicatae gegen ihn hatte wegen fehlender Identität beider Ansprüche keinen Sinn mehr. Hier genügte die Rechtsausführung des Klägers, daß eine solche exceptio wegen Nichtidentität unzulässig sei. Einer replicatio rei secundum me judicatae bedurfte es nicht mehr. Daraus ergab sich freilich die unerquickliche, aber kaum abweisbare Folge, daß ein Kläger, dem sein Eigentumsnachweis mißlungen war, ihn

[1]) Unsere scharfe Unterscheidung zwischen dem dinglichen Rechte und dem obligationsähnlichen dinglichen Anspruche, wie sie namentlich auch von Affolter, das römische Institutionensystem, Berlin 1897, betont ist (S. 138, 180, 352 ff.), war jedenfalls den Römern nicht in gleicher Weise geläufig, weil der deutschrechtliche strenge Substantiirungszwang bei der dinglichen Klage noch nicht bestand. Wlassak (Ztschrift. der Savigny-Stiftung Bd. XXV, S. 160, Anm. 1) geht sogar so weit, den Begriff des dinglichen Anspruchsrechts für gänzlich nachrömisch zu erklären. Krüger dagegen nimmt an, daß er nur dem älteren Rechte fremd war, sich aber schon in Rom entwickelt habe und daß unsere lex 9 § 1. D. 44, 2 diese Umwälzung veranschauliche (proc. Cons. S. 153 ff. bes. 156). Allein auch diese Stelle beruht auf einer Identification des dinglichen Rechts mit dem dinglichen Anspruch, sonst hätte Ulpian einfach die exceptio rei judicatae wegen mangelnder Identität des früheren und des späteren Anspruchs verwerfen müssen, nicht aber durch eine besondere Replik helfen dürfen. Für die processuale Consumption halte ich daher Wlassaks Ansicht für richtig, darüber hinaus geht sie m. E. zu weit, wie bei anderer Gelegenheit ausgeführt werden soll.

Digitized by Google

wiederholen durfte, sobald die Sache aufs Neue in den Besitz des früheren Verklagten kam, sofern dieser sie nicht etwa selbst veräußert und von seinem Rechtsnachfolger zurückerworben hatte.

War der Nachweis des Eigentums aber gelungen, so galt der Satz: „exceptio rei judicatae non nocet“ zu Gunsten des Klägers bei einem späteren Besitzerwerb des Beklagten als selbstverständlich, weil die Einrede der abgeurteilten Sache dann unzulässig war.

Indem man dies Ergebnis der deutschen Prozeßrechtsentwickelung in das römische Recht zurückprojicierte, mußte man dahin gelangen, Ulpians richtige Entscheidung für falsch zu erklären [1]). Für das römische Recht war sie richtig, für das gemeine Recht wäre sie falsch gewesen.

4. Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs hat bekanntlich aus dem Eigentumsanspruch das präjudiciale Element ganz herausgestrichen [2]). Daß also heutzutage eine Analogie der replicatio rei secundum me judicatae im Falle der l 9 § 1. D. 44, 2 undenkbar ist, ist zweifellos [3]). Rückblickend stellen wir fest:

> Die Replik der l 9 § 1. D. 44, 2 hat mit der Hervorkehrung einer positiven Kraft des Urteils gegenüber einer negativen nichts zu tun, sie beschränkte vielmehr lediglich die negative Urteilskraft bei Ansprüchen, die nach römischem Rechte bloß formell identisch, aber materiell verschieden waren und die heutzutage formell und materiell identisch sind, also der Einrede der abgeurteilten Sache nicht unterliegen.

b) Die gegenwärtige Bedeutung des Inhalts der lex 9, § 1, Dig. de exc. rei jud. LXIV, 2.

§ 5.

Nach zwei Richtungen bedarf der Wert der besprochenen Stelle für die Gegenwart einer Erörterung: als eine Grundlage für das angebliche Recht auf Wiederholung der siegreich gewesenen Klage und als eine Regel für die Behauptungs- und Beweislast dessen, der sich auf die exceptio rei judicatae beruft.

---

[1]) So Bekker a. a. O. S. 271 und Rümelin a. a. O. S. 25, 26.

[2]) Motive zum ersten Entwurfe III. S. 396.

[3]) Richtig Pagenstecher, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 11.

Digitized by Google

Daß ein siegreiches Urteil nach seinem Inhalte eine beliebige Wiederholung der Klage gestatte, hatte Keller nicht behauptet[1]).

Ein solches beliebiges Wiederholungsrecht ist aber in der Tat von Savigny behauptet worden[2]).

Die praktische Bedeutung der Frage ist dabei von ihm völlig verwischt worden, weil er den Unterschied zwischen einer wiederholten Klage und einer actio judicati in befremdlicher Weise bestritt[3]). Der Inhalt einer actio judicati werde sich, so bemerkt er, oftmals von demjenigen einer einfach wiederholten Klage gar nicht unterscheiden lassen. Es muß jedoch ausnahmslos bei jeder actio judicati das frühere Urteil als Teil des Klagegrundes erwähnt sein und der Klageantrag daraus hergeleitet werden. Auch darf bei ihr die Verteidigung nicht auf die Rechtslage, wie sie vor dem Urteile war, zurückgreifen, weil in ihr nicht eine einfache Wiederholung der alten Klage liegt.

Genau so wie Savigny drückt sich in der Frage, ob eine siegreiche Klage wiederholt werden dürfe, auch Windscheid aus, dessen Text jedoch durch Kipps Anmerkung eine erfreuliche Abschwächung im Sinn Kellers erfahren hat[4]).

Die sachlichen Bedenken gegen die Zulässigkeit beliebiger Anspruchswiederholungen (vgl. oben S. 78) scheinen freilich von Julian in einem mehrfach[5]) herangezogenen Ausspruche für unerheblich angesehen worden zu sein:

Dig. XLIV, 2 de exc. rei judicatae fr. 16. Evidenter enim iniquissimum est proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quam judicatum est.

---

[1]) S. 582. Hier erlaubt Keller die Wiederholung einer siegreichen Klage schlechterdings nur soweit, als der Kläger keine actio judicati hat oder sich mit ihr nicht alles verschaffen kann, wozu ihn der Inhalt der Klage berechtigt. An welche Fälle Keller dabei gedacht hat, ist freilich dunkel, den gleichen Standpunkt mit Keller vertritt Dernburg zwar nicht für das römische, aber für das heutige Recht. Preuß. Privatrecht I, 5. Aufl. § 137, S. 298, Anm. 2.

[2]) System VI, S. 305.

[3]) System a. a. O.

[4]) Pand. I, § 130, Anm. 26.

[5]) z. B. von Bethmann-Hollweg, Tübinger krit. Zeitschrift, Bd. V, S. 93. Keller a. a. O., S. 583. Buchka, Einfluß u. s. w., S. 147.

Digitized by Google

Derartige allgemeine Aussprüche muß man jedoch cum grano salis verstehen. Julian nahm wahrscheinlich an, daß gegenüber einer grundlosen Klagenwiederholung die exceptio rei judicatae dem Verklagten nicht einen Vorteil verschaffe (proficere), sondern ihn nur gegen eine zwecklose Schädigung sichere[1]).

Daß die oben besprochene l. 9, § 2. Dig. 44,2 nur ausnahmsweise[2]) die Wiederholung eines siegreichen Anspruchs erlaubt, und auch nur für das römische, nicht mehr für das gemeine und das gegenwärtige deutsche Recht, wurde im vorigen Paragraphen ausgeführt.

Das Reichsgericht hat sie freilich auch noch neuerdings zur Entscheidung eines Rechtsstreites verwertet[3]), der aber mit ihrem Inhalte nur eine begrenzte Ähnlichkeit hat, sodaß der Spruch des obersten Gerichtshofes sich auch auf andere Weise hätte begründen lassen.

Ein Kläger hatte im Ausland einen Prozeß verloren, konnte ihn aber im Inlande nicht vollstrecken lassen, weil das Urteil zu denjenigen ausländischen Entscheidungen gehörte, denen das deutsche Prozeßrecht die Vollstreckbarkeit versagt (C. P. O. § 720)[4]).

Hier mußte allerdings eine Wiederholung der Klage gestattet werden. Dabei waltete aber natürlich noch ein besonderer

---

[1]) Nicht mit Unrecht sieht man in dem Verbote der beliebigen Prozeßwiederholungen, das sich schon aus dem Mangel eines privatrechtlichen Bedürfnisses an solchen Wiederholungen rechtfertigt, sogar einen Satz des öffentlichen Rechts vgl. Endemann, Lehrbuch des Bürg. R. I § 89 a. Anm. 3. 9. Aufl. Ähnlich Hellwig, Wesen und subj. Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig 1902. § 2 S. 7 ff. Crome, System I § 130. Anm. 8. S. 571. — Gegen die Wiederholung der siegreichen Klage vgl. auch ein Urteil des O. B. G. R. Dresden in Seufferts Archiv. Bd. 42 nr. 228. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Recht S. 148 nennt die Gewährung einer wiederholten Klage ohne besonderes Bedürfnis sogar „eine wahre Sinnlosigkeit". Wenn endlich Dig. 44, 2, fr. 6 (Paulus) eine Prozeßwiederholung für unstatthaft hält: maxime si diversa pronuntiarentur, so liegt darin, daß sie (wenn auch in minder hohem Grade) ebenfalls dann unstatthaft sein muß: si eadem bis pronuntiarentur.

[2]) Gegen eine Verallgemeinerung Bekker, Aktionen I. S. 351.

[3]) Urteil des ersten Civilsenats v. 30. Juni 1886. Entsch. Bd. 16, nr. 106, S. 427 ff. 434 ff. bes. 435.

[4]) Von der Wirkung der Rechtskraft über die Landesgrenzen hinaus spricht Zitelmann, Internationales Privatrecht II. S. 267 ff.

Digitized by Google

Grund vor, der den Fall der l. 9 § 1. cit. nicht betrifft. Ist nämlich ein ausländischer Spruch so geringwertig, daß das Gesetz ihm die Vollstreckbarkeit versagt, so scheint es angemessen ihm auch die Consumptionskraft abzusprechen. Der neue Prozeß ist hier in den Augen des Gesetzes deshalb keine Wiederholung des alten, weil dieser für nichts gilt.

Immerhin muß zugestanden werden, daß bei den nichtvollstreckungskräftigen Urteilen des Auslandes ausnahmsweise die Wiederholung einer siegreich gewesenen Klage möglich ist.

Daß hierbei ähnliche Billigkeitserwägungen obwalten, wie bei der Entscheidung des Ulpian in D. XLIV, 2, 9, 1., muß ebenfalls dem Reichsgerichte zugestanden werden.

Der Unterschied zwischen der Reichsgerichtsentscheidung und der besprochenen l. 9 § 1. Dig. 44, 2 liegt aber trotzdem darin, daß ausländische minderwertige Urteile, die keine Vollstreckbarkeit besitzen, überhaupt nicht zur exceptio rei judicatae taugen, mag der ausländische Prozeß vom Kläger gewonnen sein oder nicht. Gegen eine solche exceptio würde daher nicht die Replik des Prozeßgewinnes, sondern die Replik der Unzulänglichkeit des ausländischen Urteils gehen (keine replica secundum me judicatae, sondern rei imperfecte judicatae). Diese Unzulänglichkeit muß aber auch zu Gunsten des besiegten Klägers gelten. Freilich läßt sich darüber streiten; denn in dem Falle, daß der Kläger den Prozeß gewonnen hat, aber dessen Ergebnis nicht vollstrecken lassen kann, erscheint es weit notwendiger, ihm durch eine Klagenwiederholung zu helfen, als in dem andern, in dem er von der auswärtigen Behörde, die er selbst angerufen hatte, zurückgewiesen worden ist.

Nimmt man dies an, so verstärkt sich die Ähnlichkeit der Ulpinianischen Entscheidung mit dem Urteile des Reichsgerichts.

Es fragt sich nun, ob man nicht noch weiter gehen müsse[1]), und dem Kläger, dessen früherer Prozeßgewinn ihn aus irgend einem Grunde (Verlust der Akten und dergl.) nicht zur Vollstreckung verhelfen kann, eine wiederholte Klage zu gestatten habe, wie das im Wesentlichen herrschende Meinung ist[2]). Kipp,

[1]) Dafür die Gründe des Reichsgerichts a. a. O.

[2]) S. oben S. 90 Anm. 4.

Digitized by Google

der sie teilt, hebt mit Recht hervor[1]), daß eine solche Klage niemals dem Kläger vorteilhafter sein dürfe, als das erste Urteil gewesen wäre[2]).

Freilich ist es höchst fraglich, ob die Römer der Klagenwiederholung, die sie ausnahmsweise gestatteten, diese Schranke gesetzt haben. Ulpian erwähnt sie in Dig. 44, 2, 9, 1 nicht.

Jedenfalls würde sie sich aber für das heutige Recht rechtfertigen; denn ohne sie würde der Kläger als Ersatz für das ihm fehlende Recht auf Vollstreckung mehr erhalten, als sein Schaden beträgt. Die erwähnte Quellenstelle bindet uns nicht, weil sie einen veralteten Fall betrifft.

Ist dem aber so, so kann man noch einen Schritt weiter gehen als Kipp und dem Kläger, der außer Stande ist, sein siegreiches Urteil zur Vollstreckung zu bringen[3]), die Klagenwiederholung grundsätzlich verweigern und ihn lediglich auf die actio judicati verweisen[4]). Ein Gesetzestext, der eine solche actio judicati im Bedürfnisfalle gewährt, läßt sich freilich nicht finden. Da aber unsere Zeit für jedes Recht die erforderliche Klage im Zweifel ohne Weiteres gewährt, so muß es auch die Judicatsklage dann geben, wenn ohne sie das Recht klaglos sein würde. Es gilt hier nichts anderes, als in dem ähnlichen Falle eines zweideutigen Urteilstextes[5]). Hier kann ebenfalls nicht die ältere Klage wiederholt, sondern nur eine neue actio judicati auf Feststellung des wahren Urteilsinhaltes gegeben werden.

[1]) Pand. I, § 130. A. 26, S. 580.

[2]) Namentlich sei sie nicht zu verwenden, um § 669 C. P. O. zu umgehen. Kipp a. a. O.

[3]) So lange er noch in der Lage ist statt der verlorenen vollstreckbaren Ausfertigung eine andere zu erlangen (C. P. O. § 733), wird man nicht annehmen können, daß er in dieser Notlage ist. Eccius, preußisches Privatrecht Bd. I, § 56. Anm. 2.

[4]) Dies ist die Meinung von Eccius a. a. O. gegen Dernburg Bd. 1 § 137 und gegen den ersten Entwurf des B. G. B. I, § 191 und die Motive I S. 375 zu 3, die sich auf Dernburgs Standpunkt stellen. Nach Eccius muß der besonnene Anwalt in solchem Falle zur actio judicati raten und „höchstens zur eventuellen Begründung" die ursprüngliche Klage mit ihr verbinden. Diese letztere Vorsichtsmaßregel rechtfertigt sich daraus, daß ein sorgsamer Anwalt auf herrschende Ansichten auch dann Rücksicht nimmt, wenn sie unrichtig sind. Vielleicht wird aber noch einmal der Stand der Wissenschaft diese Vorsichtsmaßregel überflüssig machen.

[5]) Vgl. Windscheid-Kipp, Pand. I § 129 Anm. 2, § 130 Anm. 26.

Digitized by Google

Das Gesagte erweckt nur dann Bedenken, wenn der Kläger auch nicht einmal die Tatsache und den Inhalt des früheren günstigen Urteils nachweisen kann, also nicht einmal die actio judicati zu begründen in der Lage ist.

Wiederholt hier der Kläger den früheren Anspruch und beruft sich dagegen der Beklagte auf das frühere Urteil, ohne aufzuklären, wer damals Sieger war, so ist der Klageanspruch verloren. Eine replicatio rei secundum actorem judicatae würde dem Kläger deshalb nicht zustehen, weil er ihre tatsächliche Grundlage nicht beweisen könnte. Das mag unbillig scheinen, es ist dies aber nur eine Anwendung der allgemeinen Regel, daß es vor dem Richter ohne Beweis kein Recht gibt.

Ein Recht auf Wiederholung der siegreichen Klage läßt sich also der Ulpianischen Entscheidung für das gegenwärtige Recht nicht entnehmen.

Es bleibt nur noch zu erwägen, ob die in ihr enthaltene Verteilung der Beweislast für das Recht unserer Zeit als Vorbild verwertbar ist. Diese Verteilung besteht darin, daß der Verklagte zur Abwehr der wiederholten Klage nur die Tatsache eines früheren Urteils über denselben Anspruch zu behaupten braucht, während der replicierende Kläger die Gründe, aus denen das Urteil nicht gegen ihn wirkte, darzutun, also „eines genauen Eingehens auf den Inhalt des Vorprozesses“ [1]) benötigt war. Man hat die Ansicht ausgesprochen, daß dies nur auf einer mangelhaften Fassung der exceptio rei judicatae beruhte [2]). Diese Ansicht hängt sicherlich mit der schon erwähnten Meinung zusammen, nach der das Widerspiel von exceptio und replicatio mit der konsumierenden Kraft der Litiscontestation stand und fiel. Richtig ist, daß die Verteilung der Beweislast, wie sie uns in Dig. XLIV, 2, 9, 1 entgegentritt, aus dieser Kraft allerdings unmittelbar folgte, weil die Litiscontestation noch keine Feststellung des Prozeßsiegers enthalten konnte. Diese Kraft ist bekanntlich weggefallen. Keller scheint daher auch jene Beweisverteilung nicht mehr als gültig anzuerkennen (vgl. oben S. 69). Es ergibt sich dies aus dem von ihm behaupteten späteren Wegfalle der negativen Funktion der

[1]) So Dernburg, preuß. Privatrecht I, 5. Aufl. § 137. S. 297.
[2]) Hölder, Pandekten, S. 392.

Digitized by Google

Einrede der abgeurteilten Sache und der Bedeutung, die er dieser Funktion zuspricht[1]). Jene Consumptionskraft war aber keineswegs der einzige Grund, der sich für die Zulässigkeit einer exceptio rei judicatae, die den Sieger nicht nannte, anführen ließ. Wie wir gesehen haben, darf (zu allen Zeiten) die Klage (mindestens in der Regel) nicht wiederholt werden, mag sie siegreich gewesen sein oder nicht. Darum muß zur Ausschließung einer wiederholten Klage schon der Erweis der Tatsache eines früheren Urteils über die gleiche Klage genügen. Mindestens ist dies der Fall nach weiterverbreiteten Anschauungen, die das Regelmäßige oder dem gewöhnlichen Laufe der Dinge Entsprechende entweder nicht für beweisbedürftig[2]) oder, was nahezu auf dasselbe hinausläuft, als „bewiesen“[3]) ansehen. In diesem Sinne ist dies richterliche Verbot einer Anspruchswiederholung erwiesen, sobald über den Anspruch entschieden ist, mag er nun anerkannt oder verworfen worden sein[4]).

Ein Bedürfnis zu einer so oberflächlichen Begründung des Urteils wird freilich nur selten vorliegen.

Wer ein Urteil hervorkehrt, beruft sich natürlich immer auch auf den Inhalt, sobald er die Akten oder die Ausfertigung vorlegt. Das moderne Beurkundungswesen bringt dies mit sich.

Es ist aber möglich, daß auch ohnedies die bloße Tatsache des Urteils über einen Anspruch durch Zeugen oder anderweitig bewiesen wird, weil die Urkunden verloren gegangen sind oder die Partei es für vorteilhaft hält, sie nicht beizubringen. Namentlich wird bei Urteilen, die im Auslande gefällt sind, derartiges vorkommen[5]).

Das wäre dann eine Einrede der bloßen Tatsache eines früheren Urteils über denselben Gegenstand mit Verschweigung des Siegers.

---

[1]) Litisc. und Urteil S. 223 Anm. 4.

[2]) Vgl. über diese Wahrscheinlichkeitstheorie Franz Leonhard, die Beweislast. Berlin 1904. S. 114 ff. (§ 58) und ebenda S. 70 § 14 gegen eine andere ebenfalls hier in Betracht kommende Anschauung.

[3]) So nach der Auffassung der in der vorigen Anmerkung angeführten Schrift meines Bruders.

[4]) Die völlig entgegengesetzte Ansicht wird freilich von Dernburg vertreten (preuß. Privatrecht I. 5. Aufl. § 137. A. 2. S. 298), und zwar ohne Angabe von Gründen.

[5]) Dernburg, pr. Privatrecht. 5. Aufl. I. § 137. S. 298. A. 2.

Digitized by Google

Eine solche Einrede genügt nun auch heutzutage da, wo es sich nur um die Abwehr eines wiederholt vor Gericht gebrachten Anspruchs handelt, nicht jedoch dort, wo aus dem Inhalte des früheren Urteils etwas anderes gefolgert werden soll[1]).

Darum besteht auch noch heute ein Bedürfnis, daß man die beiden Begründungsarten der Urteilseinrede unterscheidet. Diese Unterscheidung angeregt zu haben, bleibt Kellers Verdienst.

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, daß der Grundsatz, den l. 9 § 1. cit für die Substantiierung und den Beweis einer lediglich abwehrenden exceptio rei judicatae aufstellt, auch für die heutige Praxis von Wert ist. Ihr Inhalt ist in diesem Punkte nicht veraltet[2]).

2. Die Replik des günstigen Zuschlagsurteils[3]).

(lex 16 § 5. Dig. de pignoribus XX, 1).

§ 6.

Das Widerspiel von exceptio rei judicatae und replicatio rei secundum me judicatae wiederholt sich noch in einer zweiten Stelle Dig. XX, 1 de pignor. fr. 16. § 5. (Marcianus) libro singulari ad formulam hypothecariam:

Creditor hypothecam sibi per sententiam adjudicatam, quemadmodum habiturus sit, quaeritur: nam dominium ejus vindicare non

[1]) Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts 9. Aufl. B. 1. § 89a Anm. 4. meint, in Anlehnung an bekannte Anschauungen Bülow's (Archiv f. civ. Praxis, Bd. 83. S. 1 ff.), daß heutzutage das Gericht das frühere Urteil von Amts wegen zu beachten habe und man von einer Einrede der Rechtskraft nicht mehr reden könne. Dies geht m. E. zu weit. Nicht jedes Interesse des öffentlichen Rechts ist von Amts wegen zu beachten.

[2]) Anders namentlich v. Savigny, System VI S. 309, Wächter, Handbuch des in Württemberg geltenden Privatrechts 1842. Bd. II. § 73. S. 557 und viele andere.

[3]) Ältere Literatur zu l. 16 § 5 Dig. de pignor. XX, 1., s. b. Ribbentrop, commentatio ad l. 16 § 5 Dig. de pign. etc. Gottingae 1824. pag. 47. Aus der neueren sind hervorzuheben Keller, Litiscontestation und Urteil, S. 591. Bekker, proc. Consumption S. 132, Anm. 13. 317 ff. Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. S. 156 ff. Krüger, processuale Consumption 123 ff. G. Rümelin, zur Lehre von der exceptio rei judicatae, Tübingen 1875, S. 23 ff. Sintenis, Handbuch des gemeinen Pfandrechts, Halle 1836, § 60 S. 660 Anm. 3, nennt Dig. XX, 1, 16, 5 „eine Stelle mit der man nicht recht weiß, was man anfangen und wo man sie hinbringen soll".

Digitized by Google

potest, sed hypothecaria agere potest, et si exceptio objicietur a possessore rei judicatae, replicet: si secundum me judicatum non est.[1])

Dies legte den Gedanken nahe, daß beide Stellen im wesentlichen gleichartige Fälle betreffen und namentlich, daß in beiden eine Wiederholung der schon früher angestellten Klage ausnahmsweise durch Replik gewährt werde.

Dieser Gedanke zieht sich dann neben andern mißglückten Deutungen auch durch die Mannigfaltigkeit der Erklärungsversuche seit der Glosse hindurch[2]). Da diese alle mehr oder weniger unbefriedigend ausgefallen sind, so erübrigt sich ihre Besprechung.

Es soll statt dessen der Nachweis versucht werden, daß die Stelle von einer Klagenwiederholung überhaupt nicht redet.

Wenn einem Pfandgläubiger ein Pfand durch Endurteil zugesprochen war, so konnte er zur Zeit der Geldcondemnation die Urteilssumme im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen, im späteren Verfahren die Sache selbst. Wurde also die Frage aufgeworfen, auf welche Weise er in den Besitz der Sache kommen könnte, so lag nichts näher, als ihn auf die actio judicati zu verweisen[3]).

Marcian vertritt anscheinend die Meinung, daß der siegreiche Kläger seine Klage wiederholen müsse, wobei ihn die replicatio: „si non secundum me judicatum est" gegen eine exceptio rei judicatae schützen werde.

Diese Deutung würde jedoch nur dann einen Sinn haben, wenn das erste Urteil aus irgend einem Grunde (z. B. wegen Nichtbesitz des Verklagten) zunächst nicht vollstreckbar gewesen wäre und der Verklagte erst später den Besitz erlangt hätte, wie dies beides in D. 44, 2, 9, 1 vorausgesetzt wurde.

Von diesen beiden Voraussetzungen ist aber in unserer Stelle schlechterdings nicht die Rede. Wollen wir sie aber nicht hinzu-

---

[1]) Die von Ribbentrop, commentatio S. 47 und Keller, Litisc. u. Urt. S. 591 Anm. 2 erwähnten abweichenden Lesarten haben keine Billigung gefunden; vgl. Lenel, Polingenesia I, p. 649, Marcianus 28.

[2]) vgl. Keller, Litiscontestation und Urteil S. 593.

[3]) Davon, daß die Sache nach dem ersten Urteile dem Kläger herausgegeben worden ist, sagt die Stelle nichts.

Digitized by Google

dichten, so würde die Stelle völlig widersinnig sein, falls man sie in der angegebenen Art deutete.

Wiederholt nämlich der Kläger einen gewonnenen Prozeß und kommt zum zweiten Male zum Siege, so ist er der begehrten Sache auch nicht um einen Schritt näher gekommen, als vorher. Es wäre in der Tat ein seltsames Mittel für seinen Zweck, das ihm damit anempfohlen würde. Auch blieben bei dieser Deutung die Worte: „Nam dominium ejus vindicare non potest“ unerklärt. Sie sind dann nur allzu wahr. Ein Pfandgläubiger ist allerdings kein Eigentümer und kann als solcher nicht klagen. Undenkbar aber ist es, daß ein Jurist eine solche Binsenwahrheit mit „nam“ als Beweisgrund anführen konnte. Nach Ribbentrop[1]) wollte er hervorheben, daß der Pfandgläubiger kein fiduciarischer sei und folgeweise das Eigentum am Pfande nicht habe. Dies wäre aber ein rein tatsächlicher Umstand, kein Argument. Ein solcher konnte wohl erzählt, aber nicht mit „nam“ als Grund der getroffenen Entscheidung angeführt werden.

In Wahrheit wird auch hier die möglichst wörtliche Übersetzung die beste sein, d. h. eine solche, die das Wort adjudicatio in seiner gewöhnlichen[2]) Bedeutung versteht.

Die regelmäßige Bedeutung der adjudicatio ist das Zuschlagsurteil im Teilungsverfahren.

Der Versuch, diesen Umstand zu verwerten, lag zu nahe, als daß er nicht auch schon früher gemacht worden wäre. Ribbentrop stand einen Schritt vor der richtigen Übersetzung des Wortes adjudicare[3]). Er erwog sie und verwarf sie. Buchka billigte dies, seitdem kommt das Gegenteil nicht mehr in Frage. Allein Ribbentrop verfehlte den richtigen Sinn deshalb, weil er hypotheca falsch übersetzte. Die hypotheca adjudicata ist ihm das im Teilungs-

---

[1]) Commentatio p. 58. Zustimmend Keller a. a. O. und Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverhältnis S. 161.

[2]) Vgl. das Vocabularium jurisprud. Romanae von Gradenwitz u. s. w. unter adjudicatio Nr. 1. Für die Bedeutung „rem adjudicare in rem agenti judicio non divisorio“ werden nur drei Beweisstellen erwähnt D. XX, 4, 12 pr. XXI, 2, 63, 1 und unsere Stelle D. XX. 1, 16, 5, die nach den Ausführungen des Textes dort zu streichen sein würde.

[3]) Commentatio. S. 48. Zustimmend Buchka, Einfluß des Prozesses auf das materielle Rechtsverh. S. 156.

Digitized by Google

verfahren zugeschlagene Pfandrecht. In Wahrheit ist sie hier das durch Teilungsurteil als Eigentum zugesprochene Pfandstück.

Man könnte freilich meinen, daß ein Eigentumszuschlag gegenüber einem Pfandanspruche, der zu seinem Inhalte im Gegensatze stehe, deshalb keine exceptio rei judicatae begründe, weil der frühere Teilungsanspruch nicht mit dem späteren Pfandanspruche übereinstimmt. In Wahrheit sind aber die beiden Ansprüche noch mehr als identisch; der Teilungsanspruch umfaßt alle dinglichen Rechte der Parteien am Teilungsgegenstande, die dem erwünschten Teilungsurteile im Wege stehen könnten, also auch ihre Pfandrechte. In majori inest minus, der Pfandanspruch ist ein Stück von dem Ganzen, das in das judicium divisorium hineinkam[1]). Er wird später zwar nicht eigentlich wiederholt, aber immerhin zum zweiten Male der richterlichen Gewalt unterstellt. Darauf kommt es an; diese doppelte Unterstellung soll durch die exceptio rei judicatae abgewehrt werden[2]).

Erläutern wir nunmehr die Stelle unter richtiger Übersetzung des adjudicare.

Die Sache ist durch ein Teilungsurteil einem Pfandgläubiger zugeschlagen worden. Da er aber als solcher gar nicht Partei im Teilungsprozesse sein konnte, ist dies nur so denkbar, daß sein Pfandrecht, (das vielleicht ererbt war), ihm selbst und dem jetzigen Besitzer, (der vielleicht ebenfalls als Erbe in fremde Verhältnisse hineingekommen war), unbekannt blieb, während beide

[1]) Daß auch das Teilungsverfahren konsumierende Kraft hat, ist zweifellos (Bekker proc. Cons. S. 121). Eine zweite Klage auf ein konstitutives Urteil ist, wie Hellwig (Anspruch und Klagerecht 1900 S. 165) hervorhebt, undenkbar. Doch umfaßt die res, die hier in judicium deduciert wird, die Gesamtheit der dinglichen Rechte der Parteien am Teilungsgegenstande.

[2]) In G. Rümelins Redeweise (a. a. O. S. 7) müßte man sagen: der zweite Anspruch ist früher „zwar nicht angebracht, aber doch abgeurteilt worden". Affolter (das römische Institutions-System Berlin 97. S. 280 ff.) spricht in solchen Fällen von einer „synthetischen Identität" des früheren und des späteren Prozeßgegenstandes. Mit dieser Theorie Affolters beschäftigt sich H. Erman (Prof. in Münster), Mélanges Ch. Appleton D. (44,2) 21 § 4. études de droit classique et Byzantin. Lyon A. Rey 1903 (annales de l'université de Lyon), eine höchst inhaltreiche Schrift, in der „im kleinsten Punkte die größeste Kraft" betätigt ist, d. h. aus der Auslegung einer Stelle, die einen ganz speziellen Fall betrifft, grundlegende Sätze für die richtige Behandlung der Quellentexte entwickelt werden.

Digitized by Google

irrtümlicher Weise als Miteigentümer galten. Dem einen wurde dann im Teilungsprozesse die ganze Sache allein zugesprochen, der andere für den Verlust seines Anteils auf andere Weise entschädigt.

Erst später stellt sich heraus, daß der im Zuschlagsurteile Begünstigte nicht Miteigentümer war, sondern Pfandgläubiger. Es fragt sich, ob er dies Urteil für sich geltend machen könne. Marcian verneint dies: „Nan dominium ejus vindicare non potest.“ Der Grund liegt wohl darin, daß das Teilungsverfahren ihm kein Eigentum verschaffen konnte, weil er überhaupt kein Anrecht hatte, aus diesem Verfahren Rechte herzuleiten, in dem er nicht als Partei auftreten durfte, da er ja in Wirklichkeit gar nicht Miteigentümer war[1]).

Die römische Teilungsklage war überhaupt grundsätzlich erfolglos (irrita), wenn sie unter Umständen gegeben wurde, unter denen ihre Erteilung unzulässig war, namentlich auch dann, wenn nach Lage der Sache statt der actio finium regundorum eine andere Klage hätte gegeben werden sollen[2]).

Eigentum hat also der Sieger nicht erlangt (dominium vindicare non potest). Es fragt sich nun, ob er nicht durch das Teilungsverfahren auch noch sein Pfandrecht verscherzt habe. Von diesem hat das Urteil freilich nicht gesprochen. Aber trotzdem liegt die Frage nahe, ob er es nicht verloren habe. Wäre nicht ihm das Eigentum zugesprochen worden, sondern dem Gegner, so würde ihm in der Tat die exceptio rei judicatae entgegenstehen, da das Urteil unter den Parteien Recht schafft und alle Befugnisse zerstört, die dem im Wege stehen. Hiernach kann man also bei einem Teilungsverfahren, an dem man nicht teilnahmeberechtigt war, zwar keine Befugnisse erwerben, wohl aber solche verlieren. Da jedoch der Pfandgläubiger selbst als Eigentümer

---

[1]) Vgl. Kipp (Windscheid-Kipp, Pandekten. I. § 132. A. 13): „Nur ist die Adjudication eine derivative Erwerbsart und der Adjudicator muß im Streitfalle beweisen, daß er und sein Teilungsgegner vor der Adjudication Miteigentümer waren“. Diese Ansicht Kipps, die sich lediglich auf sein gesundes Rechtsgefühl stützt, gewinnt durch die im Text gegebene Auslegung der lex 16 §5. Dig. XX, 1 eine quellenmäßige Grundlage.

[2]) Vgl. Frontinus (Lachmann-Rudorff) p. 43 Z. 26, p. 44 Z. 3 (quando de alia re judicem aut arbitrum sumpserit).

Digitized by Google

im Zuschlagurteile genannt ist, so wäre es unbillig und chicanös, wenn er durch ein solches, für ihn wertloses Urteil leiden sollte. Dies Urteil wollte ihn begünstigen, aber nicht schädigen. Will und kann er davon keinen Gebrauch machen, so muß es ihm doch unbenommen bleiben, auf sein wahres Recht, das Pfandrecht zurückzugreifen. Beruft sich der Gegner nunmehr darauf, daß das Zuschlagsurteil dies Pfandrecht nicht erwähnt, also zerstört habe, so antwortet der Kläger mit der Replik der Chicane (replicatio doli = replicatio si non secundum me judicatum est). Freilich muß der Kläger den vollen Inhalt des Zuschlagsurteils nachweisen, während dem Beklagten nur der Beweis obliegt, daß unter den Parteien ein Zuschlagsurteil im Teilungsverfahren gefällt worden ist.

So bestätigt denn diese Stelle das oben über die Begründung und den Beweis der exceptio rei judicatae Ausgeführte. Dagegen ist sie für die Lehre von der Wiederholung siegreicher Klagen gänzlich unbrauchbar. Dafür wirft sie ein erfreuliches Licht in die dunkle Lehre von dem Einflusse des Teilungsverfahrens auf die Rechte der Parteien[1]).

Das römische Teilungsurteil ist nun freilich nicht in das B. G. B. aufgenommen worden[2]).

Ein Beispiel möge jedoch dartun, daß trotz der Beseitigung des Teilungsurteils der Grundgedanke des Ausspruchs Marcians (XX, 1, 16, 5) noch für die Gegenwart von Wert ist.

Man nehme an, daß jemand für eine Schuldverschreibung auf den Inhaber, die er für verloren hält, ein Ausschlußurteil erwirkt. Hinterher findet er das Papier. Der Schuldner erhebt gegen ihn die exceptio rei judicatae. Der Gläubiger weist nach, daß secundum se judicatum est, indem er zugleich auf seine Rechte aus dem Amortisationsurteile verzichtet.

---

[1]) Mit der processualen Consumption scheint man bei Teilungsklagen (Bekker, Consumption S. 121 ff.) es nicht so streng genommen zu haben, wie bei andern Klagen. Wenn nämlich die Teilung von dem Richter nicht vollständig erledigt war, so konnte unmöglich dieser Zustand der Unordnung dauernd unanfechtbar bleiben. Vielmehr konnte die Partei hier völlige Teilung nachträglich verlangen und zwar nach Paul. I, 18 § 1 von dem bereits ernannten Richter. Nach Ulpian X, 3 fr. 20 § 4 war sogar eine neue Klage causa cognita nicht unmöglich.

[2]) Motive I, 369.

Digitized by Google

Mit andern Worten: Es war die Duplicität des judicium divisorium und die einerseits konstitutive[1]), andererseits derivative Kraft des Teilungsurteils, die in dem Ausspruche Marcians zu der eigenartigen Replik des Prozeßgewinnes hinführte, weil in jedem constitutiven Urteile eine Präclusivkraft steckt, die sich auch gegen den Sieger selbst kehren kann[2]).

Allerdings hat auch jedes andere Urteil, wenn es unrichtiger Weise ein dingliches Recht anerkennt, eine constitutive Wirkung[3]). Trotzdem läßt sich das bisher zur l. 16 § 5 D. XX, 1 Ausgeführte bei diesen quasi-constitutiven Urteilen nicht ohne Weiteres anwenden, weil man hier von dem Kläger nicht sagen kann: dominium vindicare non potest.

---

[1]) Diese ist außer Zweifel; vgl. Regelsberger, Pand. I S. 699.

[2]) Zum Wesen des constitutiven Urteils vgl. Kipp, die Verurteilung zur Abgabe von Willenserklärungen und zu Rechtshandlungen. Kiel und Leipzig 1892 S. 56. Zitelmann, internationales Privatrecht II, S. 281. Hellwig, Wesen und subj. Begründung der Rechtskraft 1902 S. 3, dessen Behauptung, daß das constitutive Urteil grundsätzlich gegenüber jedermann wirke, in solcher Allgemeinheit nicht unbedenklich ist oder höchstens in dem Sinne gelten kann, in dem Mendelssohn-Bartholdy Grenzen der Rechtskraft, Leipzig 1900 S. 509, eine Rechtskraftwirkung gegen Dritte ganz allgemein anerkennen will (vgl. daselbst auch S. 310, 311). Für die Erklärung der l. 16 § 5. D. XX, 1 genügt die Duplicität des judicium divisorium. Vgl. auch Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1903 S. 165. Kisch, Beiträge zur Urteilslehre, Leipzig 1903 S. 57, 64. Endemann, Lehrbuch d. bürg. R. 9. Aufl., I, S. 538 § 89 b, c.

[3]) Vgl. O. Fischer in Jherings dogmat. Jahrb. Bd. 40, S. 158 u. 247. v. Bar bemerkt in v. Holtzendorff's Encyklopädie 5. Auflage S. 819: „Das im Urteil Festgestellte ... soll das materielle Recht faktisch nicht ändern, dasselbe nur klarstellen; aber juristisch muß es jene erstere Wirkung haben können". Näheres b. Kohler in derselben Encyklopädie 6. Aufl. II, S. 147. Es macht hierbei wenig aus, ob diese rechtserzeugende Kraft des Urteils dem materiellen Rechte oder dem Prozeßrechte zuzusprechen ist; vgl. hierüber Hellwig, Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft, Leipzig 1901, S. 18 ff. und dazu Pagenstecher, zur Lehre von der materiellen Rechtskraft, Berlin 1905, S. 69 ff. Auch das macht nichts aus, daß das vom unrichtigen Urteile erzeugte Recht, namentlich bei dinglichen Rechten in seinem Inhalte hinter einem wahren, anderweitig entstandenen Rechte derselben Art zurücksteht; vgl. Pagenstecher a. a. O. § 67, S. 465, bes. 467. Anm. 83.

Digitized by Google

Dies beweist auch eine Entscheidung des Pomponius (libro trigesimo primo ad Sabinum)[1]). Dig. XLIV, 2, 21, 3: Si fundum meum esse petiero, deinde postea usum fructum ejusdem fundi petam qui[2]) ex illa causa ex qua fundus meus erat, meus sit: exceptio mihi obstabit, quia qui fundum habet, usum fructum suum vindicare non potest.

Nehmen wir an, daß jemand ein Eigentum klageweise geltend gemacht hat und hinterher es vorzieht, auf ein vermeintlich vorhandenes Nießbrauchsrecht klagend zurückzugreifen, so kann sich der Verklagte zur Abwehr der neuen Klage auf das frühere Verfahren berufen.

Man muß sich also vor einer zu weiten Ausdehnung des gefundenen Rechtssatzes hüten.

Bei falscher Übersetzung des adjudicare bietet unsere Stelle (Dig. XX, 1 fr. 16 § 5) unlösbare Rätsel, bei richtiger wirft sie ein neues Licht auf den Umfang der Rechtskraft der Teilurteile.

3. Die Replik des Prozessgewinnes gegen ein einredeweise vorgeschütztes Recht.

§ 7.

Die besprochenen Fälle sind nicht die einzigen, in denen eine Replik des Prozeßgewinns Erwähnung findet.

Die replica rei secundum me judicatae kommt auch noch in einer Reihe von Fällen vor, in denen sie nicht einer exceptio rei judicatae einschränkend gegenübertritt, sondern einer andern exceptio, z. B. der exceptio dominii[3]).

A. hat z. B. das Eigentum an einem Hund erstritten, dieser wird ihm herausgegeben, läuft aber zu dem früheren Beklagten zurück. A. klagt mit der actio Publiciana auf Herausgabe. Der

---

[1]) Vgl. Affolter, das röm. Institutionensystem S. 281.

[2]) Mommsen denkt hier an Einschiebung eines non, doch halt ich sie nicht für nötig. Der Eigentumserwerbsgrund wird im zweiten Prozesse vom Kläger als Nießbrauchbestellung gedeutet und zwar mit Unrecht (meus erat).

[3]) Dig. 44, 2 de exc. r. jud. fr. 15. 24. 30 § 1. Dig. III, 3. fr. 40 § 2. Rümelin a. a. O. S. 9.

Digitized by Google

Beklagte beruft sich auf sein ihm aberkanntes Eigentum. Der Kläger repliziert mit dem Hinweise auf das siegreiche Urteil.

Es haben sich hier die Rollen vertauscht. Der Kläger, nicht der Beklagte erhebt den Vorwurf der unzulässigen Prozeßwiederholung, dessen der Beklagte sich durch seine Einrede schuldig macht (Reus in exceptione actor)[1]).

Muß er hier seine Replik mit der bloßen Tatsache des früheren Urteils über dieselbe Sache begründen oder mit dem vollen Inhalte des Urteils unter Nennung des Prozeßsiegers? Das Letztere ist anzunehmen.

Diese Replik hat nämlich hier nur dann einen rechten Sinn, wenn der Beklagte den Eigentumsprozeß verloren, nicht aber, wenn er ihn gewonnen hatte. Der Kläger muß daher den Vorwurf auf den vollen Inhalt des früheren Urteils stützen. Für eine duplicatio rei secundum me judicatae ist hier kein Raum.

Daraus ergibt sich, daß in diesen Fällen die volle Behauptungs- und Beweislast für den Inhalt des Urteils auf den replicierenden Kläger fällt und nicht etwa ein Teil davon dem Beklagten obliegt. Es ist dies wohl auch bisher unbestritten geblieben[2]).

Für die Lehre von den beiden „Funktionen“ im Sinne Kellers ist also diese Gruppe der Repliken ohne Bedeutung.

---

[1]) vgl. Kipp (Windscheid-Kipp Pandekten). 8. Aufl. I. § 130 Anm. 17 S. 574. Kohler in v. Holtzendorff-Kohler's Encyklop. II. S. 146.

[2]) Es wäre ja nicht geradezu undenkbar, daß im Formularprocesse der exceptio dominii sogar eine bloße replicatio rei (i. e. rei vindicationis) in judicium deductae entgegenstand und daher auch zu Justinians Zeit der Kläger bei der entsprechenden replicatio rei judicatae den Ausfall des früheren Prozesses nicht aufzuklären brauchte. Doch ist uns hiervon nichts überliefert.

Digitized by Google

IV.

Ergebnisse.

§ 8.

Für die Rechtsgeschichte ergab sich aus dem oben Ausgeführten, daß die Vorstellung, nach der eine positive Urteilskraft allmählich gegenüber einer negativen vorgedrungen ist, zum Absterben reif ist. Schon in alter Zeit decken sich die Einflüsse des Urteilsinhalts und der Urteilsfällung. Allerdings haftete die bloß abwehrende Kraft des Urteils gegenüber Prozeßwiederholungen zunächst an der Litiscontestation und erst später am Urteile. Darin liegt aber nicht ein Sieg der sogenannten positiven Funktion über die bloß negative, sondern nur eine Verschiebung des Augenblicks, in dem die letztere eintrat.

Zweifelhaft und unaufgeklärt mag bleiben, ob die replicatio rei secundum me judicatae, welche die negative Kraft des Urteils abschwächte und beschränkte, erst späteren Rechtens ist. Vielleicht ist sie so alt, wie die exceptio rei judicatae[1]), vielleicht gab es in der Praxis zwei Strömungen, von denen die eine diese Replik gewährte, die andere sie ablehnte, bis Ulpians und Marcians Autorität der ersteren zur Herrschaft verhalf.

Bedenken wir freilich, daß die beiden Fälle der replicatio des Urteilsinhalts gegenüber einer exceptio rei judicatae (Dig. 44, 2, 9, 1 und XX, 1, 16, 5) nichts anderes waren, als Fälle des Chikaneverbots und seiner Durchführung in der Form einer replicatio doli, so spricht dies für eine spätere Entstehung dieser Abschwächungen der bloß negativen Urteilsfunktion, die man sehr verkehrter Weise als positive Funktion bezeichnet hat[2]).

---

[1]) Dies nimmt z. B. Krüger, prozessuale Konsumption. Leipzig 1864. S. 118 für Dig. 44, 2, 9, 1 an.

[2]) Wie konnte man nur auf den Abweg geraten, Abschwächungen einer Zerstörungskraft als schöpferische Mächte zu bezeichnen? Wer wird von einem Rauchverzehrer, der anfängt schadhaft zu werden, behaupten, daß seine negative Funktion nunmehr durch eine positive ersetzt sei? Solche Dinge sind nur möglich, wenn man die Gedankenwelt und die Außenwelt verwechselt und den Satz: „Eine doppelte Negation gibt eine Bejahung“

Digitized by Google

Für die gegenwärtige Praxis fanden wir drei Ergebnisse:

1. Die Wiederholung der bereits siegreich gewesenen Klage ist unzulässig, sofern das erste Urteil im Inlande als vollkräftig gilt.

2. Zur Abwehr einer unzulässiger Weise zum zweiten Male vor Gericht gebrachten Klage braucht nicht festgestellt zu werden, welche der beiden Parteien den früheren Prozeß gewonnen hat.

3. Ein konstitutives Urteil, das das zugesprochene Recht dem Sieger nicht zu verleihen vermag, läßt dessen frühere Rechte unangetastet.

Diese Ergebnisse würden sich auch aus allgemeinen Zweckerwägungen rechtfertigen lassen, aber schwerlich würde man ohne ihre rechtsgeschichtliche Grundlage auf sie verfallen.

Das Vorstehende soll daher die Abhängigkeit veranschaulichen, in der nicht bloß Rechtssätze, sondern auch Rechtsbegriffe von geschichtlichen Zufälligkeiten stehen.

Darum diene es als geringer Beitrag zur Feier eines hochverdienten Gelehrten, der, ausgezeichnet durch Erfolge auf verschiedenen Gebieten, namentlich auch als Pfleger der Rechtsgeschichte auf einen höchst segensreichen Zeitabschnitt zurückblickt.

---

aus der Grammatik in die Jurisprudenz einschmuggelt. Dazu kam die oben geschilderte Verwechslung der Kraft und der Begründung der Urteilseinrede, infolge deren man überall von positiven Functionen redete, wo es nötig war, den vollen Urteilsinhalt aufzuklären.

Digitized by Google

Digitized by Google

A. Favorke. vorm. Eduard Trewendt's Buchdruckerei in Breslau

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google